Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Marzo – Aprile 2016

Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette
Francesco Fimmanò

Gli effetti processuali della nomina a difensore di fiducia effettuata dal rappresentante *suspectus*. *Nota a Corte di Cassazione, sez. V penale, 21 dicembre 2015, n. 50102*
Alfonso Laudonia

Divieto per le P.A. di conferire incarichi ai soggetti "collocati in quiescenza": profili di possibile illegittimità costituzionale
Giuliano Taglianetti

Il contraddittorio endoprocedimentale nell'accertamento tributario: l'esame della giurisprudenza della Suprema Corte
Stanislao De Matteis

in collaborazione con

PEGASO Università Telematica

Universitas Mercatorum
Università telematica delle Camere di Commercio Italiane

Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

marzo - aprile 2016

Gazzetta FORENSE

Bimestrale
Anno 9 - Numero 2 - Marzo/Aprile 2016

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE
Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

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

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

PROPRIETARIO
Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE
Andrea Alberico, 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, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locoratolo, Rita Lombardi, Raffaele Manfrellotti, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Daniele Marrama, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, 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, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Manlio Ingrosso, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, 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, Fabrizio Granata, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Alessia Palladino, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Enza Sonetti, Giorgia Viola, Valeria Zannella

---

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore.
A tale scopo la direzione della Rivista si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni, il cui nominativo verrà reso noto in un elenco pubblicato periodicamente.

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE
n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE
Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO
Tavolario stampa, Napoli – aprile 2016

in collaborazione con

PEGASO
Università Telematica

Universitas Mercatorum

Università telematica delle Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

La concorrenza nel sistema bancario tra crisi finanziaria e tutela dei consumatori 277
di Antonio Catricalà

Crisi finanziarie italiane. Asimmetrie vecchie e nuove 280
di Adriano Giannola

Diritto e procedura civile

Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette 284
di Francesco Fimmanò

Prelazione convenzionale. Tutela del prelazionario e limiti all'autonomia privata 300
di Valentina Pappa Monteforte

Somministrazione di lavoro nel Jobs Act 313
di Anna Maria Beneduce

Sull'utilizzo illegittimo del rapporto di lavoro pubblico a tempo determinato: inquadramento normativo e diritti del lavoratore secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte.
Nota a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072 322
di Ylenia Zaira Alfano

Sulla validità delle donazioni di beni altrui.
Nota a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068 338
di Dario Berrino

Sul valore e sull'impugnabilità dell'accordo transattivo con il lavoratore.
Nota a Trib. Napoli, sez. lav., 15 marzo 2016, n. 2222 348
di Pietro Sorrentino

Rassegna di legittimità 354

Rassegna di merito 356

Diritto e procedura penale

Le squadre investigative comuni: l'inveramento nell'ordinamento italiano di un atteso strumento di cooperazione giudiziaria 362
di Francesca Savignano

Gli effetti processuali della nomina a difensore di fiducia effettuata dal rappresentante *suspectus*. *Nota a Corte di Cassazione, sez. V penale, 21 dicembre 2015, n. 50102* 375
di Alfonso Laudonia

La prescrizione dei reati tributari in materia di I.V.A. ai tempi di "Taricco".
Nota a C.G.U.E., Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco e altri, e Cass., Sez. III, 17 settembre 2015, Pennacchini 389
di Aldo Franceschini

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 415
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 421

Rassegna di merito 424

Diritto amministrativo

Reclutamento del personale presso la P.A.: reclutamento *speciale a regime*, artt. 30, 34, 34-*bis*, 35 del d.lgs. 165/2011 s.m.i.; *Aziende speciali*; procedure di mobilità; proroga della durata del contratto oltre i 36 mesi 434
di Francesco Rinaldi e Luigi Molvetti

Divieto per le P.A. di conferire incarichi ai soggetti "collocati in quiescenza": profili di possibile illegittimità costituzionale 441
di Giuliano Taglianetti

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)* 446
a cura di Almerina Bove con la collaborazione di Rita Garzarella

Diritto tributario

Problematiche ancora aperte per la tassazione dell'atto dispositivo dei *trust* 456
di Clelia Buccico

Il contraddittorio endoprocedimentale nell'accertamento tributario: l'esame della giurisprudenza della Suprema Corte 472
di Stanislao De Matteis

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE 505
a cura di Maria Pia Nastri

Diritto internazionale

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea 508

Ordinamento giudiziario

La riforma della magistratura onoraria 516
di Domenico Pagliuca

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
La professione intellettuale ed il fenomeno di impresa alla luce del diritto "euronitario": il labile confine fra decoro della professione e principio di libera concorrenza a seguito della sentenza del Consiglio di Stato, 22.03.2016, n. 11064 524
di Alba De Bernardo e Daniele Graziano

Diritto penale
La responsabilità di un portale online per la pubblicazione di un post offensivo all'interno di un forum 528
di Giacomo Romano

Diritto processuale amministrativo
L'ordinanza collegiale emanata, in fase cautelare, dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. ai fini della celere fissazione dell'udienza di merito: risvolti pratici dell'istituto 534
di Elia Scafuri

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

La revisione della disciplina degli interpelli, la riforma del contenzioso tributario e il processo tributario telematico 542
di Maria Grazia Savastano

La rappresentanza in giudizio dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro 563
di Guglielmo Cinque

Recensioni

Le estorsioni in Campania. Il controllo dello spazio sociale tra violenza e consenso e e l'usura in Campania. Un ricorso differenziato al credito illegale ma un uguale esito di avvelenamento dell'economia regionale
a cura di Giacomo Di Gennaro, Rubbettino editore, 2015 570
a cura di Giuseppe Amarelli

Indice delle sentenze 573

Antonio Catricalà
Professore Straordinario Università Mercatorum – già presidente Antitrust

Editoriale

La concorrenza nel sistema bancario tra crisi finanziaria e tutela dei consumatori

Il 28 dicembre 2005 il Parlamento italiano approvava la legge sulla tutela del risparmio. Tra i punti salienti di quella normativa vi era l'art.19 che riconosceva finalmente all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza anche sul sistema bancario. Come unanimemente riconosciuto, la scelta eliminava un'anomalia nel panorama europeo, probabilmente basata sulla convinzione che stabilità e concorrenza fossero valori inevitabilmente contrastanti.

Nella letteratura economica non c'è in realtà, sul punto, univocità di vedute e i cultori della materia appaiono equamente divisi: alla tesi in base alla quale la concorrenza costringerebbe le banche a spostarsi su attività più rischiose (per compensare i minori ricavi derivanti dalla riduzione dei tassi legata a un assetto del mercato più competitivo), con conseguenti effetti negativi sulla stabilità, si contrappone quella secondo la quale, a tassi inferiori, corrisponde una maggiore solvibilità dei debitori con impatto positivo sull'intera tenuta del sistema.

Comunque la si pensi, dal 2005 a oggi, più che un decennio sembra trascorso un secolo. A partire dal 2008 l'Italia, e l'Europa tutta, hanno attraversato la crisi economica più grave dal dopoguerra. Nata oltreoceano per le insolvenze dei c.d mutui subprime*, la crisi finanziaria si è rapidamente propagata all'Europa attraverso i titoli tossici verso i quali alcune banche europee sono risultate esposte. Benché non coinvolte da tale esposizione, le banche italiane hanno subito gli effetti sui mercati finanziari, scossi dalla crisi del debito sovrano greco e dalle tensioni sul debito italiano. Alla riduzione della raccolta all'ingrosso delle banche ha fatto riscontro un forte aumento del costo del credito la cui offerta si è rarefatta. Ne ha risentito l'economia reale, che nel nostro Paese soffre di un deficit strutturale ben noto. Ne hanno risentito i bilanci delle nostre banche, quasi non toccate dalla prima fase della crisi, quando in altri Paesi europei ai dissesti bancari si rispondeva con l'utilizzo di ingenti risorse pubbliche. La recessione (9 punti percentuali di Pil in meno rispetto alla fase pre-crisi) ha lasciato il segno e le banche hanno subito elevate perdite sui crediti erogati: 200 miliardi di euro dal 2008 al 2015, secondo stime della Banca d'Italia.*

È questa l'eredità che le istituzioni italiane hanno dovuto affrontare nell'ultimo periodo. In un contesto tanto fragile quanto complicato il tema della concorrenza sembra avere perso vigore. Non è così e lo dimostrano le parole del Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco nelle Considerazioni finali del 2015: la maggiore concorrenza comprime i margini di redditività delle banche ma al contempo rappresenta uno stimolo per "un aumento dell'efficienza, un contenimento dei costi, un ampliamento delle fonti di ricavo". È in questo contesto che andranno valutate "mirate operazioni di aggregazione, condotte secondo logiche strettamente industriali". Le concentrazioni non vanno dunque lette solo attraverso la lente della stabilità, utili a rafforzare piccoli istituti che con le proprie gambe non riuscirebbero a stare sul mercato, pericolose se in grado di generare realtà too big to fail*, per le quali sono stati introdotti parametri più rigidi. Piuttosto le aggregazioni andranno impostate in una logica imprenditoriale sfruttando "economie di scala e di scopo".*

Di certo l'era dei salvataggi di Stato per gli istituti le cui difficoltà potrebbero avere effetti sistemici sembra appartenere al passato. Come orgogliosamente rivendicato dal Governatore il 31 maggio, vale peraltro la pena ricordare come l'Italia non abbia fatto ricorso a fondi pubblici per risolvere le crisi bancarie. Piuttosto non si può non sottolineare, con rammarico, come la Commissione Europea abbia usato sul tema metri di valutazioni non univoci. Ci si riferisce, in particolare, alla vicenda Tercas, le cui problematiche erano state risolte senza coinvolgere risparmiatori e contribuenti, attraverso l'intervento del Fondo Interbancario di tutela depositi. Con una decisione sorprendente la Commissione ha giudicato quell'intervento un aiuto di Stato e ha condannato il nostro Paese. È auspicabile che la Corte di Giustizia europea, alla quale l'Italia ha fatto ricorso, sappia discernere ciò che è pubblico da ciò che è privato. A quell'interpretazione della Commissione va peraltro attribuita l'impossibilità di affrontare in modo meno cruento i casi che hanno coinvolto CariFerrara, Banca Marche, Popolare dell'Etruria e CariChieti.

Le nuove regole, a partire dal bail-in*, non sono, come insegnano le cronache degli ultimi mesi, indolori. E non è casuale che da più parti si sia riproposta con*

forza l'idea di un atterraggio più morbido su quest'inedito terreno: si pensi al Fondo Monetario internazionale che, nel suo ultimo rapporto sulla stabilità finanziaria, ha sottolineato come "nell'ambito di una crisi il sostegno pubblico potrebbe essere ancora necessario", avvertendo che è necessario "attuare con cautela" la combinazione delle regole Ue sugli aiuti di Stato con la nuova direttiva sulla risoluzione delle crisi bancarie. Si pensi, ancora, alla posizione assunta dalle istituzioni italiane, e recentemente ribadita dal Governatore Ignazio Visco che, nell'intervento al Senato del 19 aprile 2016, ha chiesto una riflessione sull'adeguatezza del nuovo quadro normativo sulla gestione delle emergenze. Il rischio paventato che si crei incertezza sugli investimenti in passività è tutt'altro che peregrino. Così come appare condivisibile l'idea di "trovare un giusto bilanciamento: l'investitore colpito, infatti, non trova alcun conforto dal fatto di essere stato tutelato come contribuente". Del resto, e lo ha ricordato Visco nelle sue Considerazioni finali, "la nuova normativa costituisce una risposta a vicende occorse in sistemi bancari diversi da quello italiano, direttamente colpiti dalla crisi finanziaria globale e sostenuti da massicci aiuti di stato". Diversamente da quanto proposto dalla delegazione italiana nelle sedi ufficiali, "non è stato previsto un sufficiente periodo transitorio che consentisse a tutti i soggetti coinvolti di acquisire piena consapevolezza del nuovo regime, né si è esclusa l'applicazione delle norme agli strumenti di debito già collocati, anche al dettaglio".

Non abbiamo purtroppo la sfera di cristallo per prevedere se la posizione italiana troverà spazio nei prossimi mesi nel confronto europeo. Di certo dobbiamo dare atto alle nostre istituzioni di avere avuto nei confronti del tema un approccio a 360 gradi: dopo decenni di dibattito, nel marzo dell'anno scorso, è stata varata la riforma delle banche popolari, alla quale ha fatto seguito, nei mesi scorsi la riforma del credito cooperativo; mentre scriviamo sono all'esame del Parlamento le norme di riforma delle garanzie volte a facilitare il recupero dei crediti da parte delle banche.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio l'insieme di interventi voluti dal Governo per mettere in sicurezza il sistema bancario. Né per addentrarsi in sterili previsioni relative alla possibilità che l'obiettivo prefisso venga effettivamente raggiunto. A mero titolo esemplificativo ci piace tuttavia ricordare alcuni punti affrontati dal decreto legge n. 59/2016: ci si riferisce alla norma che introduce il cosiddetto «patto marciano», in base al quale l'imprenditore potrà garantire l'adempimento di un mutuo con il «trasferimento della proprietà di un immobile». E si avrà inadempimento quando «il mancato pagamento si protrae per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive», se mensili; «o per oltre sei mesi dalla scadenza anche di una sola rata» se il rimborso è a rate superiori al mese. Dopo 60 giorni da quando dichiara di voler usare la clausola, il creditore si rivolge al giudice per far nominare un perito che stimerà l'immobile in vista della vendita. In caso di contestazione della stima il procedimento non viene fermato ma si andrà eventualmente a un conguaglio a favore del debitore. Si tratta di clausole che valgono per il futuro ma che possono essere aggiunte ai contratti in corso (per gli immobili serve un atto notarile). Secondo il Tesoro, con il «patto marciano» il creditore potrebbe ottenere la disponibilità dell'immobile in 7-8 mesi rispetto ai 40 attualmente stimati per le esecuzioni immobiliari attraverso la procedura giudiziale.

Altra novità è la possibilità, per gli imprenditori, di costituire un «pegno non possessorio» sui «beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, ad esclusione dei beni mobili registrati». La garanzia deve essere scritta e fissare «l'importo massimo garantito», e il debitore potrà continuare a utilizzare il bene.

Si tratta di misure, insieme a quelle di semplificazione e accelerazione delle procedure fallimentari, che potrebbero avere un impatto positivo non solo sui crediti futuri ma anche su quelli già contabilizzati.

Il nuovo armamentario messo a punto dal Governo a partire dal 2015 comporterà, secondo stime indipendenti citate dal Ministro dell'Economia Pier Carlo Padoan, una riduzione di tre anni dei tempi medi di recupero dei crediti. Il decreto segue infatti di appena due mesi il pacchetto normativo che ha introdotto la possibilità per lo Stato di concedere, per un periodo di 18 mesi dall'entrata in vigore della legge, una garanzia sulle passività emesse nell'ambito di operazioni di cartolarizzazioni dei crediti in sofferenza (legge 8 aprile 2016, n. 49). Le garanzie, in base alla nuova legge, possono essere rilasciate, a fronte di un corrispettivo, solo sui titoli senior, a valere su un fondo del Ministero dell'Economia di 120 milioni di euro. Per incentivare le vendite giudiziarie l'imposta di registro, ipotecaria e catastale è stata determinata nella misura «fissa di 200 euro»: tale agevolazione è condizionata, per le imprese, all'obbligo di rivendere l'immobile entro due anni, mentre è permanente se riguarda l'acquisto di una prima casa da parte di un privato.

È evidente che il quadro appena descritto prelude alla possibilità di una nuova espansione del credito, aiutato da tassi eccezionalmente bassi anche se crediamo non si debba in alcun modo dimenticare la lezione che la crisi ha impartito: la maggiore facilità di recuperare un credito incagliato attraverso procedure più veloci non deve in alcun modo far abbassare la guardia sulla valutazione relativa al merito creditizio delle imprese. Un sistema sano e virtuoso, in grado di far ripartire la crescita in modo robusto, deve applicare al settore imprenditoriale quello che la direttiva mortga-

ge credit, *il cui decreto legislativo di attuazione è stato da poco pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, prevede per i consumatori privati. L'idea che l'intermediario debba tenere presente "ogni bisogno particolare che il consumatore ha comunicato e operare su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito" deve essere applicata anche alle imprese, sapendo individuarne le potenzialità espansive e distinguendo tra crisi di liquidità e crisi strutturali.*

Tale nuovo obbligo degli intermediari nei confronti del consumatore ha tuttavia un significato intrinseco che va ben oltre l'orientamento consumerista di matrice europea: letto in controluce ci consente di affermare che, nonostante il difficile momento e la panoplia di strumenti messi a disposizione dal legislatore per garantire la stabilità del nostro sistema finanziario, la concorrenza non sia stata messa all'angolo. E che concorrenza e stabilità, se correttamente interpretate, sono valori non antitetici. La direttiva e il decreto che l'ha recepita ci indicano che la vera competizione, destinata a rafforzare anche la stabilità, dovrà svolgersi sul terreno più proprio del fare banca: quello della capacità di valutare la bancabilità dei progetti e degli acquisti, e di concedere il finanziamento giusto a condizioni sostenibili. Non saranno dunque le aggregazioni a fare la differenza del mercato dal punto di vista concorrenziale, quanto la qualità dei servizi e dei prodotti offerti. Sarà in sostanza la domanda a costituire la vera spinta concorrenziale nel settore. Perché questo accada, nell'interesse della collettività, occorre che si tenga alta la guardia su alcune recenti conquiste dei consumatori: ci si riferisce in particolare alle misure a favore della mobilità interbancaria senza la quale risulterebbe depotenziato qualsiasi pungolo competitivo.

Assodato dunque che la direttiva mortgage credit non debba essere letta solo in chiave consumeristica, non può negarsi che il suo nucleo sia proprio l'attenzione al consumatore, dal punto di vista delle informazioni che gli dovranno essere fornite. Non si tratta di un semplice cambiamento formale o di un appesantimento organizzativo: la nuova normativa rimette al centro della scena (e dei comportamenti degli altri attori) il consumatore con tutte le sue esigenze, a partire dalla possibilità di sostenere negli anni il peso del debito. Ma proprio le cronache finanziarie di questi giorni che, come già sottolineato, vanno ben oltre il confine nazionale, ci ribadiscono quotidianamente lo stretto nesso tra sostenibilità del debito dei privati e stabilità del sistema bancario.

Per questo è fondamentale che, come previsto dal decreto, l'attività degli intermediari si svolga "tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori" e si basi "sulla situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato, su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito". Ritroviamo, nel decreto, proprio quell'attenzione al nesso tra debiti dei privati e stabilità del sistema che la crisi finanziaria ed economica ha travolto, con gli effetti ben noti.

In questa cornice il nuovo e più dettagliato asset di informazioni che dovrà essere fornito al consumatore sin dal momento precontrattuale e addirittura al momento della predisposizione di un messaggio pubblicitario, assume un contenuto sostanziale e non meramente formale. I principi di correttezza, chiarezza e non ingannevolezza sono finalizzati a evitare che il consumatore abbia false aspettative sulla disponibilità o il costo del credito. Soprattutto si vuole garantire, in linea con i principi del Codice del Consumo, che il consumatore adotti una scelta consapevole. Vanno in questa direzione la norma che obbliga finanziatori e intermediari a fornire informazioni che consentano il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, "valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito" e il periodo di riflessione di sette giorni, introdotto proprio per garantire che il consumatore possa prendere una decisione ponderata.

L'introduzione di obblighi per legge non genera automaticamente comportamenti adeguati. Spetterà alle autorità competenti vigilare perché i principi affermati non rimangano lettera morta. Ma sul piano della concorrenza si rafforzeranno quelle banche che sapranno cogliere, da subito, negli obblighi normativi un'occasione per segnare la differenza. Questo nuovo spirito dovrà essere allargato non solo ai consumatori, intesi secondo la nozione del diritto europeo, ma alla clientela tutta. Perché nell'era dei tassi 'zero' non è sul centesimo di differenza che si può vincere la partita.

È indubbio che, anche se giocata sulla qualità dell'offerta, la competizione potrà indebolire alcune banche e rafforzarne altre. Ma la stabilità non dovrebbe esserne intaccata: torneranno in gioco le concentrazioni, basate sul merito e su una competizione dinamica che nessun'Antitrust al mondo potrà mai ostacolare.

Adriano Giannola
Presidente Svimez - Professore ordinario Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Crisi finanziarie italiane. Asimmetrie vecchie e nuove

sommario
Premessa. – **1.** Asimmetrie, ieri. – **2.** Asimmetrie, oggi. – **3.** Patrimonio e NPL. – **4.** Un ponte tra le crisi, il passato che ritorna.

Premessa

L'attivismo legislativo in materia bancaria ha registrato un crescendo che fa da contrappunto alle non favorevoli attenzioni che i mercati riservano alle banche italiane. Alla legge n. 5 del 29 gennaio 2014 (IMU-rivalutazione da 156.000€ a 7,5 miliardi di € del patrimonio della Banca d'Italia) fanno seguito una serie di altri provvedimenti significativi (legge del 24 marzo 2015 n.33 di riforma delle Banche Popolari, legge 8 aprile 2016 n. 49 di riforma delle BCC; di garanzia statale sulle cartolarizzazioni – GACS; decreto legge del 3 maggio 2016 n. 59 in materia di procedure esecutive e concorsuali; liquidazione della SGA. Ad aprile 2016 nasce ad opera di Cassa Depositi e Prestiti, Unicredit, Intesa San Paolo con l'adesione di banche e fondazioni di matrice bancaria il Fondo Atlante (4,5 miliardi di euro) per investire in acquisto di crediti problematici (NPL) e partecipazione al capitale di aziende di credito. Sono indubbi segnali di urgenze a fronte di altrettante emergenze che vedono le banche (certo non tutte) e il nostro sistema del credito in affanno.

Questa situazione di stress si è innescata con l'evolvere della crisi dell'economia iniziata il 2008 smentendo l'illusione che la crisi finanziaria non avrebbe avuto forti ricadute sull'economia reale. Al contrario, la nostra economia è quella che ha subito gli effetti negativi più dirompenti e questi, di conseguenza, hanno determinato nelle banche un progressivo lievitare di sofferenze, incagli, *past due*, ecc.

Si ripropone oggi una situazione già determinatasi nel corso degli anni Novanta, in coincidenza -guarda caso- della precedente, e troppo presto dimenticata, esperienza della crisi finanziaria che nel 1992 impose l'uscita traumatica della lira (con sterlina e peseta) dal Sistema Monetario Europeo.

Nulla di nuovo sotto il sole?

Molte cose sono in realtà diverse da allora. Oggi – stante l'Euro – siamo stretti nella morsa degli effetti della crisi sull'economia reale da un lato e, dall'altro, dai condizionamenti, molto stringenti quanto a normativa e tempi di applicazione, che derivando dalla partecipazione alla costruzione dell'Unione Bancaria. Con il suo complesso e rigoroso apparato regolamentare: *Single Supervisory Mechanism, Single Resolution Mechanism* controllato dal *Single Resolution Board* e, ultimo ma non meno rilevante, l'operatività del *Bail-in*, la realizzazione dell'Unione Bancaria sta diventando per noi un'avventura (senza alternative) intrapresa con fiduciosa disinvoltura. Essa impone difficili percorsi, anche per l'emergere di una nostra timidezza per non dire debolezza contrattuale e procedurale nel percorso tracciato per implementare il progetto di unione.

1. Asimmetrie, ieri

Certo, oggi come ieri, la crisi finanziaria ha prodotto intensi ed asimmetrici impatti nel contesto di un'economia dualistica come la nostra, ma anche le asimmetrie di oggi sono ben diverse da quelle di allora e gli spazi di manovra per governarle si sono nel frattempo notevolmente ridotti.

In particolare, le vicende bancarie nelle due crisi pur se presentano l'ovvia analogia dell'impetuosa lievitazione dei crediti inesigibili (NPL), prospettano problematiche e conseguenze molto peculiari. Allora, una componente essenziale dell'asimmetria fu l'influsso di un evento endogeno, squisitamente politico che contribuì in modo decisivo a differenziare gli effetti della crisi tra il Nord ed il Sud del Paese. Non solo, nel mondo bancario quell'evento fu propedeutico alla realizzazione di un processo di consolidamento (a lungo programmato) che poté essere portato a termine in nome di un proclamato interesse a promuovere efficienza e funzionalità sistemica. Come noto anche quella crisi finanziaria, come accadrà poi nel 2008, si scaricò sull'economia reale con intensità territorialmente estremamente differenziata, ma alla radice erano all'opera fattori ben diversi da quelli attuali. Il Nord, in particolare, poté pienamente profittare della massiccia svalutazione della lira (oltre il 40% sul marco nel giro di due anni). Viceversa, al Sud, agì con micidiale efficacia l'eliminazione repentina (proprio nel 1992!) dell'intervento straordinario. Mentre la svalutazione rimise in corsa il Nord esportatore dopo l'infelice parentesi iniziata nel 1987 con l'ingresso nella banda stretta di oscillazione del SME, al Sud il blocco (fino al 1998) del flusso dei trasferimenti fu gestito con tale determinata-insipienza da far sì che migliaia di imprese che avevano avuto formal-

mente deliberati contributi e agevolazioni e che, come d'uso, sulla base di quelle delibere, si erano indebitate con anticipazioni presso le banche non ne videro mai la liquidazione. Si determinarono così, in modo ovviamente molto selettivo, le condizioni perché quei crediti diventassero incagli e poi sofferenze. L'impatto sul sistema bancario meridionale fu tale da determinarne la immobilizzazione operativa e i campioni locali (Banco di Napoli, di Sicilia e di Sardegna), "attesi al varco", divennero oggetto privilegiato del processo di consolidamento. Alla luce di una più accorta analisi, quei casi allora additati come chiari esempi di *mala gestio*, andrebbero oggi scandagliati con più precisione e discernimento, a partire – tanto per cominciare – da una seria analisi della "meccanica" che tanto contribuì al prodursi delle sofferenze e – di conseguenza – alla liquidazione di un articolato sistema creditizio a base meridionale.

2. Asimmetrie, oggi

Le asimmetrie odierne prodotte dall'esplosione della crisi del 2008 sono parimenti macroscopiche ma ben diverse da quelle del 1992. L'austerità, di questi anni, tesa a mettere i "conti in ordine" ha determinato una caduta del prodotto interno lordo senza precedenti tra il 2008 e il 2105 territorialmente molto intensamente diversificata (-14% al Sud e -8% al Centro Nord) incidendo anche sulla capacità produttiva, soprattutto nel Mezzogiorno dove nel comparto manifatturiero si riduce di un 30%. Se anche in questa circostanza, il Sud subisce in forme del tutto diverse una contrazione drastica della spesa pubblica in conto capitale, ora il Nord esportatore, in assenza dell'aggiustamento valutario, non è più in grado di compensare il crollo del mercato interno e subisce un vistoso arretramento. Prestazioni così differenziate e, al contempo, tutte intensamente negative, hanno ovviamente riproposto il tema di allora e cioè l'aumento impetuoso dei crediti problematici, ma – questa volta – per tutte le aree del Paese (pur se il Sud è in massima sofferenza). Il che mette progressivamente sotto pressione il sistema bancario che sperimenta il ridursi sia di una domanda "affidabile" di credito sia degli spazi praticabili per poter "affidare" le imprese in modo *compliant* rispetto alle regole via, via più stringenti di Basilea e della Vigilanza Unica.

Risolta negli anni '90 la "questione" delle banche meridionali questa volta le aziende più critiche sono quelle della mitizzata Terza Italia (le aree NEC-Nord-Est-Centro) le cui patologie rispecchiano fedelmente il deterioramento di virtù ed eccellenze fino a ieri tanto reputate.

Sul versante dell'economia reale, la reazione alla crisi si è estrinsecata non certo con una strategia innovativa. Anzi lo strumento messo in campo per recuperare competitività continua a privilegiare più o meno drastiche "svalutazioni interne": un surrogato di una ormai improponibile svalutazione del cambio, che ha inevitabilmente contribuito al tono deflattivo dell'economia. Più che con la politica economica si supplisce con un interventismo sul versante monetario e creditizio. Si è fatta, come detto, molto vivace la produzione normativa tesa a far fronte per questa via alle insorgenti difficoltà continuando anche in questa circostanza a privilegiare l'obiettivo di ulteriori consolidamenti (è il caso delle Popolari avviate alla trasformazione in S.p.A., della riforma delle BCC, ecc.). A dominare oggi è una ansiosa preoccupazione concernente l'adeguatezza patrimoniale delle aziende di credito. Le esigenze da questo punto di vista nascono da due dinamiche. Da un lato il deterioramento degli attivi impone adeguamenti automaticamente correlati ai parametri della regolazione, per altro verso la progressiva svalutazione dei crediti problematici accentua la prociclicità del sistema di Basilea con un regolatore che risponde alle difficoltà stabilendo incrementi dei coefficienti prudenziali tali da determinare ulteriori necessità di patrimonializzazione. Si alimenta così – dietro l'illusoria apparenze di solida virtù – una dinamica pro-ciclica che unitamente al rischio speculativo concernente le aspettative di deflazione, può rapidamente rendere problematico il finanziamento dell'economia. Che questo sia il carattere costitutivo del "modello di Basilea" al quale l'Unione Bancaria continua a ispirarsi del tutto meccanicamente è noto, e particolarmente pericoloso visto che ci si muove in una fase di acuta stagnazione e di ciclo negativo. Come suol dirsi, errare *umanum est,* perseverare è diabolico.

3. Patrimonio e NPL

Dunque le risposte all'ansia sul patrimonio (che si estrinsecano nei timori per i frequenti *stress test*, e le conseguenze su *rating* e valori di borsa) si sviluppano sia imponendo aumenti di capitale sia, in parallelo, provando ad architettare spazi praticabili per lo smobilizzo dei crediti problematici. Anche in questo caso effetti asimmetrici sono ben evidenti. Da un lato le iniezioni di patrimonio si fanno via, via più difficili e al contempo le cartolarizzazioni come strumento per "liberare" patrimonio sono una soluzione più apparente che reale specie in fase di crisi rispetto a quella di boom. Di fatto la prociclicità basileana condiziona enormemente gli effetti di queste misure imposte dal deterioramento patrimoniale. A fronte di una apparente rinvigorita capacità operativa, e in corrispondenza ad una "sana" e crescente avversione al rischio che tale logica instilla nelle aziende di credito il tutto si risolve piuttosto in una sorta di *downsizing* bancario che fa il paio con quello ben noto della clientela -specie le imprese- che adatta alle più stringenti condizioni finanziarie la gestione industriale. Si alimenta così una dinamica interattiva banche-imprese con evidenti effetti debilitanti per entrambi.

La gestione di questa ansia che di fatto si risolve in un gioco a somma zero, evidenzia aspetti alquanto peculiari non privi di una qualche creatività che meriterebbe ben più approfondita attenzione ed analisi di

quanto finora ricevute. Si segnala, ad esempio, la citata rivalutazione delle partecipazioni Banca d'Italia inserito nel decreto legge dedicato all'IMU. Altro esempio – in negativo questa volta – è la laboriosa trattativa in sede UE che ha presieduto alla gestazione del d.l. 49 dell'aprile 2016. nel quale, a causa delle difficoltà sollevate in sede UE, l'intento di varare una strumentazione utile ad alleggerire le sofferenze bancarie ha partorito con sforzo il "quasi topolino" della garanzia pubblica sulla quota *senior* delle cartolarizzazioni dei NPL. Nel frattempo, per vie traverse, (in altri termini, grazie a una incisiva *moral suasion*) si è attivato un canale formalmente privato e multiscopo come il Fondo Atlante, per certi versi un virtuoso esempio di come le urgenze e la difficoltà di mimare il mercato possano essere (ma molto parzialmente) affrontate. Al momento sulle gracili spalle di Atlante si vorrebbe mettere il pesante fardello delle patrimonializzazioni imposte in dimensioni e scadenze dettate dalla Vigilanza bancaria Unica e magari portare anche un contributo alla causa della cartolarizzazione dei crediti problematici e senza trascurare l'ancor più arduo compito di patrimonializzare banche "decotte" ma non liquidate, trasformate in "nuove" S.p.A. e in cerca senza troppo successo di investitori. In definitiva, l'istantanea sull'oggi mostra quanto difficili e necessarie siano le contorsioni necessarie per raggiungere ovvi obiettivi di salvaguardia di un sistema che scricchiola.

4. Un ponte tra le crisi, il passato che ritorna

Con l'intento di venire in soccorso al rapporto banca impresa si aggiunge l'ultima normativa del d.l. 56 del maggio 2016 che introduce opportunamente il "patto marciano". Incastonato nel decreto troviamo il laconico articolo 7 con il quale, a sorpresa, si dispone la liquidazione della ventennale vicenda della SGA, la *bad bank* creata per gestire i crediti problematici del Banco di Napoli acquisiti in conformità al decreto legge 497 del 1996 convertito nel novembre 1996 nella legge 588. Si conclude dunque una vicenda figlia della crisi del 1992. Un caso di scuola, verrebbe da dire, sul quale sarebbe non solo accademicamente opportuno ma anche di attualità una riflessione, visto che con l'acquisto delle azioni (per un prezzo "non superiore" a 600mila euro) il Tesoro acquisisce cica mezzo miliardo di euro "guadagnati" in questo lasso di tempo grazie al recupero – per ora – di oltre il 95% – dei crediti problematici allora venduti dal Banco alla SGA: un risultato che smentisce le aspettative degli "esperti" di allora che prevedevano un rientro non superiore al 20% dei crediti già svalutati e ceduti.

La concisione dell'articolo 7 meriterebbe un'operazione trasparenza per illuminare il percorso in virtù del quale il MEF sancisce l'esclusione dei "vecchi azionisti del Banco" da ogni pretesa. Stando a quanto previsto dalla legge del 1996 (articolo 2 comma 1), si desume che per il Tesoro-MEF ricorrano le condizioni di esclusione ivi previste con riferimento ai vecchi azionisti. Data la complessità della vicenda sarebbe opportuno che questa conclusione venisse supportata da una chiara contabilizzazione di guadagni e perdite del Tesoro. Le perdite della SGA dei primi anni come noto furono ristorate ai sensi del decreto del Ministero del Tesoro n. 216 del 27 settembre 1974, esse dovrebbero confrontarsi con i non marginali "guadagni" del Tesoro nella vicenda dell'asta "competitiva" del 1997 e della successiva OPA totalitaria sul Banco di Napoli del 2000. A definire il saldo dovrebbe poi concorrere l'ammontare di quei crediti passati a sofferenza e incaglio dopo la conclusione della rigorosa azione ispettiva della Banca d'Italia del 1995 riconducibile – oggi è possibile dirlo – alla conclamata inadempienza dello Stato (e quindi – in solido – del Tesoro).

L'appassionante vicenda di allora suggerirebbe di gettare un ardito ponte tra eventi lontani e decreti presenti e di farlo con buon senso politico e la capacità, anche, di correggere evidenti forzature del passato salvaguardando gli obiettivi (anzi facilitandone il conseguimento) al cui raggiungimento quelle centinaia di milioni di euro potrebbero essere destinati. Vi è poi un intricato nodo da sciogliere che è il portato della storia del Banco di Napoli che, come antico istituto di emissione, era il principale azionista (con il 10%) della Banca d'Italia. Finalmente definito (legge n.5 del 29.1.2014) il "valore" di quella partecipazione, sarebbe opportuno a consuntivo contabilizzare correttamente perdite e guadagni in capo al Tesoro-MEF anche per questo tratto considerando attentamente il fatto che oggi le banche azioniste godono dell'incremento di valore patrimoniale e dei connessi non trascurabili dividendi. Vale qui rilevare una asimmetria di un certo significato. Mentre l'applicazione del decreto 216 del 1974 applicato alle perdite SGA viene considerata una perdita per il Tesoro nella sua qualità di titolare unico del signoraggio al quale pro quota rinuncia; oggi i proventi distribuiti agli azionisti (parimenti signoraggio) non sono più considerati un costo bensì dividendi. La ricostruzione accurata delle vicende connesse, oltre che opportuna per la individuazione di eventuali diritti, consentirebbe di ragionare finalmente con cognizione di causa sul costo della dissoluzione del presidio creditizio del Sud e sulla penalizzazione degli azionisti.

Tornando, per concludere, al terreno accidentato delle problematiche di sistema che l'attuale situazione mette in luce, appare davvero curiosa la rigidità con la quale l'Unione Bancaria insiste a "mimare il mercato", inflessibilmente ostile a qualsiasi "sana" contaminazione che sappia di intervento pubblico. Si rischia così di non raggiungere neanche un *second best* e di approdare a soluzioni che alla fine di contorti percorsi e procedure, più che risolvere problemi, sono utili soprattutto a salvare le apparenze. Senza tener conto cioè, che in molti casi il deprecato e bandito aiuto di Stato oltre ad avere natura temporanea se effettivamente risolutivo, è proprio la più efficiente risposta all'esigenza di sanare i troppi e vistosi fallimenti del mercato.

Diritto e procedura civile

Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette 284
di Francesco Fimmanò

Prelazione convenzionale. Tutela del prelazionario e limiti all'autonomia privata ... 300
di Valentina Pappa Monteforte

Somministrazione di lavoro nel Jobs Act 313
di Anna Maria Beneduce

Sull'utilizzo illegittimo del rapporto di lavoro pubblico a tempo determinato: inquadramento normativo e diritti del lavoratore secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte.
Nota a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072 322
di Ylenia Zaira Alfano

Sulla validità delle donazioni di beni altrui.
Nota a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068 338
di Dario Berrino

Sul valore e sull'impugnabilità dell'accordo transattivo con il lavoratore.
Nota a Trib. Napoli, sez. lav., 15 marzo 2016, n. 2222 348
di Pietro Sorrentino

Rassegna di legittimità 354

Rassegna di merito 356

Francesco Fimmanò
Ordinario di Diritto Commerciale Università degli Studi del Molise
Direttore Scientifico Università Telematica Pegaso

Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette

abstract

The essay deals with the classic theme of business law which is conventionally known as that of so-called occult entrepreneur, or the wide and diverse cases in which a business owner, individual or collective, dominates one or more capital companies, to abuse of the legal personality and limited liability. The author reconstructs the case of the participation of srl the so-called super-companies of fact in the light of the recent intervention of the Supreme Court for the first time a presentation on after the reform. The author also addresses issues in addition to those highlighted by the Supreme Court, concerning the eligibility of the investment without the prior approval of the shareholders and also in the event of disability of the social relationship. The essay points out, however, as the underlying facts considered most frequently by the Supreme Court is not in reality. So the failure of supersocietà, that might arise failures in extension of the former companies participating art. 147, paragraph 1, l. fall., is residual phenomenon in the face of the much more frequent phenomenon of the abuse of instrumental capital company by the de facto holding company.

keywords

Super Company - Participation of capital companies to partnerships – Resolution authorization – Nullity – Bankruptcy – Extension – Unlimited liability shareholders.

abstract

Il saggio affronta il tema più classico del diritto commerciale che convenzionalmente è conosciuto come quello del c.d. imprenditore occulto, ovvero dell'ampia e diversificata casistica in cui un imprenditore, individuale o collettivo, domina una o più società di capitali, per abusare della personalità giuridica e della responsabilità limitata. L'autore ricostruisce la fattispecie della partecipazione di S.r.l. alla c.d. super-società di fatto alla luce del recente intervento della Cassazione che per la prima volta è intervenuta sul tema dopo la riforma. L'autore affronta anche questioni ulteriori rispetto a quelle evidenziate dalla Suprema Corte, in tema di ammissibilità della partecipazione in assenza della preventiva delibera dei soci ed anche in caso di invalidità del rapporto sociale. Il saggio evidenzia come tuttavia il substrato fattuale ritenuto più ricorrente dalla Cassazione in realtà non lo è. Per cui il fallimento della supersocietà, da cui possano scaturire i fallimenti in estensione delle società partecipanti ex *art. 147, comma 1, l. fall., è fenomeno residuale a fronte del fenomeno ben più frequente dell'abuso di società di capitali strumentali da parte della holding di fatto.*

parole chiave

Supersocietà di fatto – Partecipazione di società di capitali a società di persone – Delibera autorizzativa – Nullità – Fallimento – Estensione – Soci illimitatamente responsabili.

sommario

1. Imprenditore occulto ed abuso della personalità giuridica. – **2.** L'estensione di fallimento "da responsabilità patrimoniale" e l'autonomo fallimento "da responsabilità risarcitoria". – **3.** La partecipazione di società di persone a società di capitali. - **4.** *(Segue).* L'orientamento della Cassazione. – 5. La supersocietà affetta da nullità è pur sempre una supersocietà in liquidazione che è venuta ad esistenza. – **6.** Abuso della personalità giuridica ed *affectio societatis*.

1. Imprenditore occulto ed abuso della personalità giuridica

Una recente sentenza della Suprema Corte è intervenuta sul tradizionale fronte della supersocietà di fatto, riaperto ormai da un decennio[1] a seguito delle novelle al codice civile ed alla legge fallimentare[2]. Si tratta

[1] Al riguardo mi permetto di rinviare sulla evoluzione del dibattito ai miei: Fimmanò, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in nota a Trib. Vicenza 23 novembre 2006, in *Fall.*, 2007, p. 415; Id., *Super-società di fatto ed abuso della personalità giuridica,* in *il caso.it*; Id., *Il fallimento della supersocietà di fatto,* in *Fall.*, 2009, p. 91 s.; Id., *Art. 2497, commi 3-4*, in Sbisà (a cura di), *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2012, p. 152; Id., *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.,* 2012, p. 267 s.; Id., *Abuso dell'attività di eterodirezione ed insolvenza delle società dominate*, in *Trattato delle procedure concorsuali,* a cura di Ghia, Piccininni, Severini, Vol. 1, Utet, Torino, 2010, p. 299 s.

[2] Si tratta di Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095, Pres. Ceccherini, Rel. Nazzicone, in *ilcaso.it*, 2016; in *Fallimento*, 2016, p. 524 ss., con nota di Angiolini, *Consulta e S.C. a confronto su partecipazione societaria di fatto e fallimento;* ed in *Società,* 2016, p. 453 s. con nota di Fimmanò, *L'estensione "inversa" del fallimen-*

di un tema classico del diritto commerciale che tuttavia più di ogni altro riflette la profonda evoluzione del sistema prodotta anche (e non solo) dalle riforme. L'ambito di riferimento è quello del c.d. imprenditore occulto, ovvero dell'ampia e diversificata casistica in cui un imprenditore, individuale o collettivo, *domina* una o più società di capitali[3], per abusare della personalità giuridica e della responsabilità limitata.

Tullio Ascarelli nei suoi saggi, diretti a confutare la teoria dell'imprenditore occulto di Walter Bigiavi, scriveva più di mezzo secolo orsono che «non è possibile imputare un'attività indipendentemente dall'imputazione degli atti che la integrano e non è perciò possibile qualificare un soggetto in funzione dell'attività compiuta da un altro… La "spendita del nome" non è affatto un requisito che si possa aggiungere o non aggiungere agli altri necessari per qualificare l'imprenditore, … essa invero si identifica con la imputabilità a un soggetto degli atti nei quali si concreta l'attività imprenditrice… l'art. 2082 riporta l'attribuzione della qualifica dell'imprenditore innanzi tutto all'esercizio di un'attività che a sua volta si traduce in una serie di atti»[4].

L'impostazione era evidentemente diretta a dimostrare che non esiste nell'ordinamento un criterio di imputazione sostanziale della responsabilità degli atti di impresa e quindi dell'attività di impresa, diverso da quello formale della spendita del nome, salvo che non si tratti del committente che, aggiunge Ascarelli, è «sicuramente imprenditore ed imprenditore in nome proprio e quand'anche la sua impresa si svolga solo attraverso commissionari… come imprenditore il committente è soggetto al fallimento; come committente è responsabile a sua volta nei confronti del commissionario per i debiti da questi contratti per suo conto. Fallendo il commissionario, il committente sarà responsabile verso di questi e, in quanto ne ricorrano i presupposti, potrà venir dichiarato a sua volta il fallimento…»[5].

Tuttavia, il *totem* della imputazione formale degli atti d'impresa e della spendita del nome nelle more ha dovuto fare i conti con la progressiva affermazione del ruolo della informazione nel diritto commerciale e della tendenza a tutelare nel mercato non solo i creditori involontari[6] ma anche quelli non adeguatamente informati, in una logica diversa dal vecchio "incolpevole affidamento"[7]. D'altra parte già nel 1877 il celebre giureconsulto inglese *sir* George Jessel scriveva «non vedo la ragione per cui le persone non possano gestire affari liberi da ogni responsabilità che ecceda la somma che hanno sottoscritto, se ciò si è debitamente notificato ai creditori, sia con responsabilità limitata ad una determinata somma, superiore all'apporto, sia con responsabilità completamente illimitata»[8].

In particolare è emersa nel nostro ordinamento, fino ad essere codificata (artt. 2497 ss. c.c.), l'attività di direzione e coordinamento di società: quindi non singoli atti di direzione ma l'attività di dominio che, come dice Ascarelli, "a sua volta si traduce in una serie di atti".

Una autonoma attività che per sua natura non esige spendita del nome e che non ha una autonoma economicità rispetto a quella dell'impresa dominata e che può generare uno specifico tipo di responsabilità risarcitoria in caso di abuso, che è una responsabilità appunto da attività e non da atti[9].

to della supersocietà di fatto controllata ai soci-s.r.l. controllanti e "subornati". La sentenza trae origine dal ricorso proposto da due S.r.l. fallite avverso la sentenza della Corte di Appello di Bari (App. Bari, 31 dicembre 2012 n. 1611, in *www.iusexplorer.it*) che, ritenendo ammissibile anche di fatto la partecipazione di società di capitali a società di persone, e considerando altresì non applicabile alla S.r.l. il disposto dell'art. 2361 c.c. ha dichiarato il fallimento della società di fatto e, a norma dell'art. 147, comma 1, ha confermato anche il fallimento dei soci della stessa, ivi comprese le società di capitali.

[3] Cfr. in tema Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954; Id., *Difesa dell'«Imprenditore occulto»* Padova, 1962; Id., *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1180; Id., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, ivi, 1954, I, 2, c. 691; Id., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*, *ivi,* 1959, I, 2, c. 149; Id., *"Imprese di finanziamento" come surrogati del socio tiranno-imprenditore occulto, ivi*, 1967, IV, c. 49; Ferrara jr., *Società etichetta e società operante,* in *Riv. dir. civ.,* 1956, II, p. 668.

[4] Ascarelli *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 405; Id., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, ivi, 1957, I, c. 1443; e prima ancora Id., *Società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 129.

[5] Per una puntuale ricostruzione complessive della fenomenologia: Rondinone, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, in *Riv. soc.*, 2015, 6, p. 1054 s. Bassi, *Il fallimento della società con soci a responsabilità limitata* in *Trattato di diritto fallimentare* dir. da Cottino e Jorio, 2016.

[6] Si è affermato, ad esempio, in un caso di abuso del dominio, che il requisito della spendita del nome rileva solo per le "obbligazioni volontarie" assunte mediante atti negoziali, e non per le obbligazioni "involontarie", «quali sono per loro natura le obbligazioni risarcitorie» compresa quella fondata sul disposto dell'art. 2497 c.c. (App. Napoli, 1° agosto 2014, in *Fallimento*, 2015, p. 677 con nota di Angiolini, *I nuovi orizzonti della fallibilità della società di fatto holding*). La Corte ha affermato in quella occasione che al fine di configurare la responsabilità *ex* art. 2497 c.c. non occorre l'esteriorizzazione dell'attività di direzione e coordinamento in quanto ciò che rileva non è l'imputazione diretta od indiretta degli atti di impresa al *dominus*, ma il dato fattuale o formale del governo della condotta unitaria. Infatti la previsione novellata dell'art. 2497 c.c. è espressione del principio secondo cui la conservazione del beneficio della responsabilità limitata non può prescindere dal rispetto di certe regole ovvero solo il rispetto dei principi che regolano il diritto societario consente al socio di evitare la commistione delle proprie obbligazioni con quelle della società partecipata.

[7] Al riguardo mi permetto di rinviare a Fimmanò, *Abuso del diritto societario e tutela dei "creditori involontari"*, in *Gazz. For.*, 2015, 6, p. 8 s.

[8] Perez Fontana, *Responsabilità limitata del commerciante*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, p. 326.

[9] Se il criterio della spendita del nome – si è osservato – risulta or-

Tradizionalmente però lo snodo normativo più utilizzato, in dottrina e giurisprudenza, per l'attuazione delle diverse tecniche di «superamento» della personalità giuridica per abuso della stessa e per sanzionare questi contegni di fatto od occulti, è stato per decenni l'art. 147 l. fall.[10].

Tra le diverse teorie, emerse già prima dell'entrata in vigore del codice civile[11], quella della società di fatto (od occulta) fra società di capitali[12] aveva registrato un certo successo[13], arginato poi dalla questione della nullità di questo tipo di partecipazione societaria, divenuta pacifica in giurisprudenza, specie dopo l'intervento della Suprema Corte a sezioni unite alla fine degli anni '80[14]. Come noto la posizione della Suprema Corte era legata alla preoccupazione che una rottura degli argini del diaframma della personalità avrebbe potuto generare una tracimazione sul terreno della certezza del diritto delle società e della tenuta complessiva del sistema[15].

La riforma del diritto delle società di capitali ha, come noto, superato il problema, almeno apparentemente, rendendo ammissibile, a certe condizioni, la partecipazione di società di capitali a società di persone.

La novella alla legge fallimentare, ha poi, dal canto suo, espressamente contemplato l'estensione del fallimento di uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del codice civile ai soci illimitatamente responsabili pur se non persone fisiche.

Questo nuovo quadro normativo ha appunto riaperto l'antico fronte usato per poter arrivare allo squarcio del velo della personalità attraverso il fallimento della società di fatto (od occulta) tra società di capitali e la conseguente estensione della procedura. È infatti apparso subito chiaro che il tema dell'insolvenza della c.d. supersocietà di fatto, era destinato a diventare una delle reazioni all'abuso della personalità "preferite" in giurisprudenza per efficienza[16].

mai superfluo in relazione alla individuazione di un imprenditore o di una società, restando comunque necessario dimostrare la presenza degli elementi contemplati dall'art. 2082, 2247 e 2195 c.c., resta invece invalicabile sotto il profilo della responsabilità delle obbligazioni poste in essere, al di là della ipotesi eccezionale della impresa occulta, di cui appunto all'art. 147, comma 5 l. fall. (Rondinone, *Tecniche di coinvolgimento,* cit., p. 1137; Michieli, *Il fallimento del socio occulto,* in *Giur. comm*., 2014, 2, p. 218).

[10] Sul tema dell'abuso della personalità giuridica cfr. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, vol. 9, tomo 2, Torino, 1993, p. 433; Inzitari, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 679 ss.; Fabiani, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999; Franceschelli-Lehmann, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, p. 71.

[11] In senso contrario: già Cass. 20 marzo 1930, in *Foro it*., I, c. 526; Cass. 14 gennaio 1937, in *Foro it. rep.,* 1937, voce *Società,* n. 18 giugno 1930. In dottrina Salandra, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm*., 1932, I, p. 290; Cicu, *Simulazione di società commerciali*, ivi, 1936, II, p. 141.

[12] Al riguardo innanzitutto Ascarelli, Studi *in tema di società*, Milano, 1952, p. 55; Id., *Società di persone,* cit., p. 405; Id., *Ancora sul socio sovrano,* cit., p. 1443; Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 256 n. 65; Brunetti, *Trattato delle società*, Milano, 1948, I, p. 195; Graziani, *Società*, III Ed., Napoli, 1952, p. 61; Romano Pavoni, *Imprenditore occulto e società di fatto tra persone fisiche e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.,* 1952, II, p. 53.

[13] In giurisprudenza tra le altre: App. Napoli 4 aprile 1955, in *Foro it.,* 1955, I, c. 1726 (pubblicata unitamente a Trib. Ancona 5 luglio 1954 e Trib. Ravenna 10 giugno 1954); Trib. Torino 22 febbraio 1954 in *Foro. it.,* 1954, I, c. 842; e più recentemente Trib. Torino 27 maggio 1997, in *Giur. it.,* 1997, I, 2, p. 702 (riferita però a società di persone socie tra loro); Trib. Palermo, 29 ottobre 1988, in *Temi Siciliana*, 1989, 75 (secondo cui, allorché i soci di una società di capitali costituiscano una società di fatto collaterale alla prima e che si occupi degli stessi affari, operando con i medesimi strumenti e nella stessa area operativa e di mercato della società di capitali, lo stato di insolvenza della società di fatto coincide con quello della società di capitali).

[14] Cass., sez. un., 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. it*., 1989, I, 1, 59. Ma in tema cfr. pure Cass., 2 gennaio 1995, n. 7*, Riv. Dir. Comm*., 1996, II, p. 35; Cass., 19 novembre 1981, n. 6151, *Foro it*., 1982, I, c. 2897, con nota di Marziale, *Riv. not*., 1982, p. 283, *Dir. Fall*., 1982, II, p. 302, con nota di Ragusa Maggiore; da ultimo *ante riforma*, App. Milano, 25 maggio 2004, in *Banca e borsa*, 2006, I, p. 22 s., con nota di Garcea, *È inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone: l'ultimo respiro del veto della Cassazione?* e in *Giur. comm*., 2005, 3, II, p. 269, con nota di Dagnino, *La partecipazione di società di capitali in società di persone.*

[15] L'argomento principale riguardava il contrasto che nell'amministrazione del nuovo ente sociale veniva a determinarsi con la normativa dettata per la società azionaria, "dove la legge riserva inderogabilmente agli amministratori la gestione del patrimonio sociale, mentre, ammettendosi la partecipazione ad una società di persone e a *fortiori* di fatto, priva di ogni garanzia di pubblicità, il patrimonio verrebbe fatalmente gestito, almeno in parte, da soggetti diversi, e, quindi, sottratto ai controlli predisposti per l'amministrazione della società di capitali". Perplessità superata dal legislatore della riforma, quando ha contemplato espressamente la fattispecie; pur avendo, poi, richiesto la deliberazione assembleare, l'indicazione in nota integrativa e la redazione anche da parte della società personale del bilancio secondo i criteri previsti per le società per azioni, oltre al bilancio consolidato in presenza dei presupposti di legge.

[16] Si sono espressi contro questa impostazione: Trib. Torino 4 aprile 2007, in *Giur. it*., 2007, p. 1442, con nota di Cottino; in *Giur. piem*., 2007, 1, p. 326; in *Nuovo dir. soc.*, 2007, n. 9, p. 59, con nota di Irrera, *Un primo no all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; App. Torino 30 luglio 2007, decr., in *Giur. it*., 2007, p. 2219, con nota di Cottino, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*; in *Nuovo dir. soc.*, 2007, n. 18, p. 59, con nota di Irrera, *Un secondo no all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; in *Riv. dott. comm.,* 2008, p. 316, con nota di Bartalena, *Società di fatto partecipata da società di capitali*; in *Riv. dir. impresa*, 2008, 2, p. 315, con nota di Di Febo, *Società di fatto, società a responsabilità limitata e partecipazione di società di capitali in società di persone;* App. Bologna, 11 giugno 2008 n. 965, in *Fall.*, 2008, p. 1293 con nota di Platania, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali* ed in *Riv. dir. soc*., 2010, 1, p. 99, con nota di Di Febo, *La partecipazione di fatto di società di capitali in società di persone. Profili sostanziali*; Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it*., 2008, p. 1425; in *Fall.*, 2008, p. 1328 con nota di Irrera, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; in *Nuovo dir. soc.*, 2008, n. 12, p. 86, con nota di Spiotta, *Un ina-*

L'impostazione, infatti, lasciava aperti comunque diversi problemi in ordine all'ammissibilità sul piano generale di una supersocietà di fatto e alla dimostrazione, sul piano probatorio, dell'esistenza di una concreta *affectio societatis* tra persone fisiche e giuridiche, tale da far qualificare la società di capitali *socio* delle persone fisiche e non veicolo strumentale delle loro condotte in mera posizione di dominata, come viceversa accade nella gran parte dei casi. Solitamente, infatti, le società dominate sono utilizzate da imprenditori (individuali o in società di fatto con altri soggetti), come mero strumento abusivo (adoperato come una cosa propria per definirlo alla Bigiavi)[17], e non certo sulla base di un contratto sociale.

D'altra parte, il comma 1 dell'art. 147 l. fall. ha circoscritto espressamente la regola dell'estensione ai soci illimitatamente responsabili, di società appartenenti a specifici tipi. Per queste ultime in assenza di dati formali riguardanti l'imputazione della responsabilità, la scelta normativa non è l'esistenza nell'ordinamento di criteri di imputazione sostanziale diversi dalla spendita del nome oppure l'assimilazione, altrettanto sostanziale ed improbabile, tra socio illimitatamente responsabile e imprenditore individuale, ma una vera e propria eccezione normativa che altri ordinamenti hanno peraltro abbandonato. Eccezione che il legislatore fallimentare, alla luce dell'art. 2361 c.c., inevitabilmente (e per alcuni versi pleonasticamente) ha esteso anche ai soggetti diversi dalle persone fisiche che rivestano la qualità di soci illimitatamente responsabili della società fallita.

Orbene – nel caso in oggetto – i giudici della Corte si sono pronunciati su un ricorso in cui come al solito si denunciava la violazione o la falsa applicazione degli artt. 2361, 2384 e 2479 c.c. e dell'art. 147 l. fall., in quanto l'acquisto della partecipazione, da parte di una società di capitali, in una società di persone sarebbe di competenza esclusiva dell'assemblea, quale limite legale ai poteri gestori e di rappresentanza degli amministratori, onde lo stesso dovrebbe essere necessariamente espresso, restando inefficace ove compiuto senza le condizioni previste dall'art. 2361 c.c.

In sostanza, parte ricorrente affermava, sulla base delle note impostazioni emerse negli ultimi dieci anni, la inammissibilità di una società di fatto tra società di capitali, in quanto sarebbe consentita solo quella in società regolare, con disposizione applicabile in via diretta alla s.r.l., per la quale l'art. 2479 c.c., da leggere alla luce dell'art. 2361, paleserebbe come vi sia un'area inderogabile di competenze dei soci, fra cui andrebbe ricondotta l'assunzione della partecipazione. Ciò, a tutela dei soci e dei creditori di società di capitali, che vedrebbero la propria società assumere, a loro insaputa, lo *status* di soggetto fallibile pur in assenza di insolvenza, come avviene per il fallimento in estensione ai sensi dell'art. 147, comma 4, l. fall.

Nè l'estensione del fallimento iniziale di una società di capitali ad una presunta società di fatto potrebbe fondarsi sull'art. 147, comma 5, l. fall., norma eccezionale e riferibile – come noto – solo al fallimento originario di un imprenditore individuale.

2. L'estensione di fallimento "da responsabilità patrimoniale" e l'autonomo fallimento "da responsabilità risarcitoria"

Il fenomeno in esame, ha – salvo casi peculiari – uno schema tipo: una o più persone si servono di una o più società di capitali per frammentare e segregare attività e patrimoni, subornando le stesse società ad una strategia complessiva che può avere connotazioni patologiche.

Se l'imprenditore si serve di società strumentali in maniera conforme alla legge, e soprattutto alla sua *ratio* (sul rispetto della quale anche altri soggetti hanno fatto affidamento), allora è corretto e doveroso che egli si giovi del beneficio della responsabilità limitata.

Ma se viceversa opera nell'interesse imprenditoriale contrario a quello delle società utilizzate ed in violazione dei principi di corretta gestione (rendendole meri veicoli strumentali all'interesse proprio od altrui), deve diventare in qualche modo responsabile in via diretta

spettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali; App. Napoli, 15 maggio 2009, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 1, p. 102; App. Napoli 5 giugno 2009, in *De Jure* ed in *Nuovo dir. soc.*, 2009, 16, p. 42, con nota di Angiolini, *L'estensione del fallimento della società di fatto alla s.r.l. socia*; App. Venezia 10 dicembre 2011, in *ilcaso.it*; Trib. Napoli 14 maggio 2012, Rel. Dongiacomo, *inedito*; Trib. Mantova 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, p. 906; Trib. Foggia, 3 marzo 2015 in *ilcaso.it;* Trib. Como sez. I, 7 maggio 2015, in *dejure.it;* Trib. S.M. Capua Vetere, decr., 15 gennaio 2015, in *ilcaso.it;* Trib. Bergamo, 19 marzo 2015, in *dejure.it*. In senso favorevole invece: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 8 luglio 2008, in *Fall.*, n. 1, 2009, p. 89 con nota di Fimmanò *Il fallimento della supersocietà di fatto* (riferita ad un caso particolarmente sintomatico di abuso, visto che i soci persone fisiche erano, nella fattispecie concreta, formalmente imprenditori individuali con omonimìa di ditta, che operavano nello stesso sito, utilizzavano lo stesso compendio produttivo, o meglio la medesima azienda, e svolgevano la stessa attività economica della loro presunta socia-persona giuridica); Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1425; in *Fall.*, 2008, p. 1328 con nota di Irrera, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; in *Nuovo dir. soc.*, 2008, n. 12, p. 86, con nota di Spiotta, *Un inaspettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*;; Trib. Bolzano, 3 ottobre 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 2459; Trib. Prato, 10 novembre 2010, in *Dir. fall*, 2010, II, p. 382; Trib. Busto Arsizio, 16 giugno 2010, in Rondinone, *Tecniche di coinvolgimento, cit.*,1047, n. 2*;* Trib. Napoli, 19 gennaio 2011, in *ilfallimento.it*.; Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 392; Trib. Brindisi, 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 906; Trib. Milano, 28 marzo 2013, in *il Fallimentarista.it*; Trib. Vibo Valentia, 21 marzo 2013, inedita; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63; Trib. Nola, 29 maggio 2013, in *Foro napoletano*, 2014, p. 975; Trib. Gela, 15 ottobre 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Milano, 30 settembre 2013, in *Società*, 2014, p. 816, con nota di Attanasio, che non si pronuncia sul fallimento.

[17] Bigiavi, *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giur. it.,* 1959, I, 1, 623.

per il pregiudizio patrimoniale provocato alle subornate verso i creditori di queste. Ed è irrilevante, a tal fine, se sia una persona fisica o giuridica, e nel primo caso se abbia o meno rivestito cariche formali di amministratore o legale rappresentante.

Qualora infatti il travalicamento delle forme societarie avvenga, non in relazione alla gestione di singole società prescindendo da ogni rapporto con le altre società facenti parte del medesimo gruppo, ma con interventi e modalità coordinate, in attuazione di un progetto unitario, non si è in presenza di un amministratore, ma di chi attua, nei fatti, il governo dell'impresa unitariamente considerata[18].

Ora questo schema presenta due situazioni assolutamente ricorrenti: il primo che le società di capitali spesso non hanno alcuna *affactio societatis* rispetto alle persone fisiche che le dominano ed il secondo che nella pratica quella che emerge è la insolvenza delle società di capitali subornate e solo partendo da questa insolvenza si arriva alla sovrastruttura e non viceversa. Ciò comporta che, al di là delle questioni giuridiche, la figura in esame è stata adattata dalla recente sentenza della cassazione in modo improprio alle due situazioni tipo.

Questo adattamento, forzato sul piano ricostruttivo, presenta i vantaggi competitivi della estensione patrimoniale dell'insolvenza a fronte della tecnica alternativa in cui il curatore della società dominata dichiarata insolvente, acquista, a seguito dell'assoggettamento a procedura concorsuale, la legittimazione ad esercitare la sola azione risarcitoria spettante ai creditori, e non anche quella spettante ai soci, nei confronti della *holding*, in virtù di un altro riferimento normativo espresso: l'art. 2497, ultimo comma, c.c.

La responsabilità del *dominus*, individuale o collettivo, per abuso di eterodirezione sulla dominata insolvente può infatti generarne a sua volta l'autonoma insolvenza (e non l'estensione) a due condizioni: che i creditori danneggiati non siano stati soddisfatti, e che ricorrano i presupposti soggettivi della fallibilità. Il *dominus* (soggetto fisico o giuridico, individuale o collettivo), tuttavia, non sarà automaticamente e necessariamente insolvente e fallibile, come accade col sistema dell'estensione per il socio illimitatamente responsabile nelle ipotesi contemplate dall'art. 147, l. fall., trattandosi di responsabilità comunque risarcitoria.

Occorrerà accertare se il *dominus* sia o meno capiente e quindi in grado o meno di soddisfare le pretese creditorie rappresentate dal passivo delle società dominate assoggettate a procedura concorsuale ed in secondo luogo accertare se abbia esercitato l'attività di direzione abusiva con quelle caratteristiche di stabilità, professionalità ed organizzazione che integrano lo *status* di imprenditore commerciale. Pertanto laddove venga dimostrato che l'abuso del *dominio* abbia avuto i descritti caratteri tipici dell'attività d'impresa e laddove il *dominus* si riveli insolvente potrà essere dichiarato fallito in via autonoma ed i creditori delle società eterodirette concorreranno sul suo patrimonio con i suoi creditori diretti[19].

Le riforme del diritto societario e del diritto fallimentare hanno chiarito, a nostro avviso, il rapporto esistente nell'ordinamento giuridico tra titolarità dell'impresa, imputazione dei relativi atti, imputazione dell'interesse imprenditoriale e responsabilità patrimoniale[20].

Orbene, il sistema delle responsabilità di chi nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui svolge attività di direzione e coordinamento di società, titolari dell'impresa, risulta strutturato, a seguito delle riforme, su due modelli alternativi: la responsabilità risarcitoria per abuso del dominio e la responsabilità patrimoniale in estensione *ex* art. 147 l. fall.

L'art. 2497, c.c., conferma che l'attività di dominio è di per sé lecita e configura una situazione soggettiva attiva di cui può, e talora deve, farsi uso[21]: non contrasta con i principi inderogabili dell'ordinamento giuridico il fatto che il centro decisionale delle strategie venga posto al di fuori delle singole società controllate[22].

[18] Peraltro la Cassazione ha recentemente affermato che l'abuso delle controllate da parte della *holding* può essere realizzato anche mediante una ingerenza diretta dei soci, come amministratori di fatto, in uno schema in cui le due figure di *dominus* abusivo e gestore di fatto non sono alternative ma si cumulano e coesistono (Cass., 23 giugno 2015, n. 12979, in *Giur. it.,* 2015, p. 2131 s.).

[19] In tal senso già Fimmanò, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in nota a Trib. Vicenza 23 novembre 2006, in *Fall.*, 2007, p. 415; cui aderisce Angiolini, *Dal caso Caltagirone al* dominus *abusivo: la responsabilità della* holding *nella insolvenza delle controllate*, in nota ad App. Bologna 23 maggio 2007, in *Società*, 2008, p. 323; Blatti, *La revocabilità dei pagamenti infragruppo e l'autonomia delle società controllate* in *Fall.*, 2008, p. 568; e autorevolmente Cottino in nota ad App. Torino 30 luglio 2007, cit., p. 2223 (che parla di una responsabilità azionabile dal curatore del fallimento della società soggetta a tale direzione e coordinamento e che potrebbe portare, ove si traducesse in una condanna al risarcimento del danno della società dominante, anche al suo fallimento, ma se ed in quanto essa fosse o diventasse a sua volta insolvente).

[20] Titolarità è comunque concetto diverso da imputazione nel senso che il primo è concetto formale e il secondo no: pur confluendo normalmente in capo alla medesima persona la titolarità dell'impresa e l'imputazione *dell'interesse imprenditoriale*, può accadere che tale interesse faccia capo (anche) ad altri e per l'effetto diverga da quello del titolare (Buonocore, voce *Impresa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2008, p. 768).

[21] Sul dovere di esercizio della direzione unitaria in particolare: Rovelli, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fall.*, 2000, p. 1098 s.; Libonati, *Responsabilità del e nel gruppo*, in Aa.Vv., *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, p. 1489; Marchetti, *Controllo e poteri della controllante*, *ibidem*, II, p. 1556 ss.; Tombari, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo»tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.* 2009, p. 122 s.; Fimmanò, *I "Gruppi" nel convegno internazionale di studi per i quarant'anni della Rivista delle Società*, in *Riv. not.*, 1996, p. 522 s.

[22] Al riguardo Blatti - Minutoli, *Il fallimento della holding per-*

L'attività di dominio diviene fonte di responsabilità diretta solo se abusiva, e l'abuso si verifica là dove il *dominus* la eserciti nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui, e comunque non nell'interesse del dominato, e là dove venga svolta in violazione dei criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

Il dominio può essere esercitato mediante tutti gli strumenti possibili. Il controllo assembleare e l'influenza dominante (in via partecipativa o contrattuale) possono rappresentare indici meramente presuntivi, ma il controllo e la direzione possono concretizzarsi anche e soprattutto di fatto od occulto con le modalità più disparate.

Queste ultima forma di controllo c.d. esterno è particolamente rilevante ai nostri fini, in quanto si identifica con un potere effettivo nei confronti della società dominata – che prescinde dalle regole organizzative della stessa – di determinarne o comunque influenzarne l'attività d'impresa. Lo stesso sistema delle presunzioni evidenzia implicitamente che il dominio non ha modalità tipiche di attuazione e quindi neppure di accertamento quando si verifica di fatto, soprattutto attraverso direttive impartite fuori da schemi organizzativi e\o negoziali (e comunque senza rilievo esterno, perché indirizzate esclusivamente verso la società dominata) e frutto di un potere effettivo.

D'altra parte l'eterodirezione è cosa completamente diversa dalla partecipazione alla gestione (o dalla ingerenza nella stessa) che invece ha una sua diversa regolamentazione e che può soltanto rappresentare in taluni casi un indice rivelatore dell'attività di dominio. Quest'ultima si concretizza insomma nello svolgimento di una funzione finanziaria, e più precisamente capitalistica di direzione strategico-finanziaria, accompagnata (solo eventualmente) dal potere di nominare e di revocare le persone preposte allo svolgimento di funzioni direttive o dal potere di amministrazione diretta. Il *dominus* può essere un socio (di maggioranza) oppure un perfetto estraneo alla società, che ne dipende economicamente o finanziariamente[23], od anche l'amministratore (di diritto o di fatto), senza che però rilevi, ai fini della configurazione del fenomeno, che tale dominio venga esercitato in virtù di poteri formali o meno.

L'attività di dominio su società di capitali, poi dichiarate insolventi, viene esercitata in genere da altre persone giuridiche, da enti[24], da società di persone, anche di fatto od occulte, da soggetti di diritto e soprattutto da persone fisiche. Le tecniche giurisprudenziali di reazione all'abuso della personalità giuridica non sono superate dal nuovo impianto normativo si muove come visto su un doppio binario: l'estensione della responsabilità derivante dall'eccezione tipologica ed in particolare della società ai soci di capitali, e la responsabilità derivante dalla subornazione sull'impresa dichiarata insolvente.

Quando l'impresa o le imprese dominate (assoggettate poi a procedura concorsuale) sono società di capitali subornate contro l'interesse sociale, e cioè utilizzate come veicolo di una condotta economica e strategica unitaria nell'interesse extrasociale, la questione non è più l'imputazione sostanziale degli atti né l'abuso della personalità giuridica, né lo squarcio della segregazione[25], né la simulazione di società[26], né la trasformazione tacita in società in nome collettivo irregolare[27], né il ripristino della regola della responsabilità illimitata di cui all'art. 2740 c.c.[28], ma l'abuso del dominio.

Se partiamo da questa costruzione complessiva, allora il caso del fallimento della c.d. supersocietà di fatto e della estensione ai soci illimitatamente responsabili società di capitali, appare fenomeno assolutamente residuale nella pratica che può diventare giudizialmen-

sonale tra nuovo diritto societario e riforma della legge fallimentare, in *Fall.,* 2006, p. 428.

[23] Anche nel caso dell'impresa *illecita,* la capogruppo invece di svolgere attività economica in via diretta, dirige e coordina, *scatole vuote* dolosamente precostituite all'inadempimento delle obbligazioni da assumere ed alla conseguente insolvenza (al riguardo Trib. Vicenza 23 novembre 2006, in *Fall.*, 2007, p. 415). In questo contesto si pensi addirittura al caso limite dell'impresa mafiosa che *domina* imprese di terzi imponendo una condotta economica attraverso pratiche di tipo intimidatorio (come avviene in alcuni specifici settori in determinate aree del Paese dove il mercato di certi servizi o prodotti è *controllato*).

[24] La norma si riferisce evidentemente anche ad enti non societari quali associazioni, fondazioni ed *enti pubblici* (in tal senso Galgano, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 1021; Romagnoli, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 216 s.; Ibba, *Società pubbliche*, cit., p. 7; Portale, *Fondazioni «bancarie» e diritto societario,* in *Riv. soc.*, 2005, p. 28 s.).

[25] Ci riferiamo ad elaborazioni ispirate alle tecniche utilizzate in altri ordinamenti, ed in particolare a quella del *piercing the corporate veil* (cfr. Tonello, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova, 1999, 2p. ; Garrido, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998, p. 358) e della *Durchgriffshaftung* (al riguardo per tutti l'autorevole ricostruzione di G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Portale - Colombo, 1 **, Torino, 2004).

[26] Nel senso che la società rappresenterebbe solo una simulazione per occultare nei confronti dei terzi la diversa volontà dei soci riconducibile alle cause di nullità di cui all'art. 2332 c.c. (Cass., 30 giugno 1955, n. 2016, in *Dir. fall.*, 1955, II, p. 609, Salandra, *Le società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 290; Cicu, *Simulazione di società commerciali*, ivi, 1936, II, p. 141).

[27] Ferrara jr., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.,* 1956, II, p. 668.

[28] Il riferimento è alla nota teoria *dell'imprenditore indiretto*, in base alla quale la persona giuridica sarebbe solo uno strumento del linguaggio che riassume quella speciale disciplina che, in deroga al diritto comune, l'ordinamento avrebbe previsto per limitare la responsabilità delle persone fisiche in presenza di determinati presupposti, a condizione che siano rispettate le regole del diritto societario e la cui violazione comporta abuso della personalità giuridica e ripristino della regola della responsabilità illimitata (F. Galgano, *I gruppi di società cit.*, 2001, p. 231 s.; Ascarelli, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 233).

te prevalente solo mediante qualche forzatura, su cui torneremo alla fine.

3. La partecipazione di società di persone a società di capitali

L'art. 2361, secondo comma, c.c., esige – come noto – che l'assunzione di partecipazioni in società di persone, almeno per le società per azioni, deve essere deliberata dall'assemblea ed evidenziata poi in nota integrativa.

La preventiva delibera sarebbe posta a tutela dei soci, che hanno il diritto di decidere se effettuare un investimento che sottrae la porzione di patrimonio sociale alle regole che disciplinano l'amministrazione e la redazione del bilancio delle società di capitali, mentre l'evidenza della partecipazione nella nota integrativa andrebbe a tutela dei creditori sociali, affinché abbiano la consapevolezza (ed il conseguente monitoraggio), delle reali condizioni di rischio e di garanzia, influenzate dalle vicende della società partecipata[29]. Si è rilevato che sarebbe incongruo che "in antinomia a tali principi, i soci ed i creditori di una s.p.a. vedessero la loro società acquisire, a loro insaputa e inconoscibilità, lo *status* di soggetto fallibile in assenza di insolvenza"[30].

Una parte giurisprudenza di merito ha perciò ritenuto che le disposizioni di cui all'art. 2361, comma 2, c.c., siano preclusive rispetto alla configurazione di un rapporto partecipativo di fatto od occulto, e comunque attuato sulla base di *facta concludentia* e non di una delibera assembleare espressa[31], con la conseguente inapplicabilità dell'art. 147 comma 1, l. fall., ad una società irregolare, o di mero fatto, fra società di capitali[32].

In senso diametralmente opposto si è mossa altra giurisprudenza basata sulla disposizione di cui all'art. 2384 c.c.[33], che introducendo il principio della rappresentanza generale degli amministratori, travolgerebbe, nell'interesse preminente dei terzi, ogni argine all'efficacia esterna di atti *ultra vires*[34].

[29] Si è affermato invece che i soggetti che devono essere tutelati sarebbero i creditori della società di persone (e non i venditori delle quote) ovvero i soggetti che non sono in grado di conoscere l'esistenza o meno dell'autorizzazione neppure usando la massima diligenza possibile, considerato che le delibere dell'assemblea ordinaria (ovvero dell'organo che dovrebbe concedere l'autorizzazione secondo il disposto dell'art. 2361 c.c.) non sono pubblicate nel registro delle imprese (Platania, *op. cit.,* p. 1298). Si è altresì affermato che la volontà del legislatore della riforma sarebbe nel senso di fare prevalere la tutela dei terzi (nei cui confronti la società non può sottrarsi agli effetti degli atti compiuti dagli amministratori eccedendo i limiti imposti dallo statuto o da una delibera assembleare pubblicata), sull'esigenza di tutelare l'aspettativa dei creditori sociali e l'affidamento dagli stessi riposto sul rispetto di quei limiti da parte degli amministratori. Secondo questa impostazione l'infondatezza dell'eccezione relativa alla necessità di tutelare i creditori della società di capitali emergerebbe anche dalla considerazione che a norma dell'art. 147 l. fall. il socio occulto di società palese, o addirittura di società occulta, fallisce anche se i suoi creditori personali ne vengono pregiudicati e anche se gli stessi creditori sociali non avevano riposto alcun affidamento sullo stesso (Trib. Forlì 9 febbraio 2008, *cit.*, 1331).

[30] App. Torino 30 luglio 2007, cit., 2221.

[31] App. Torino 30 luglio 2007, cit., 2219, con autorevole commento di Cottino, che ha confermato sostanzialmente quanto statuito da Trib. Torino, 4 aprile 2007, cit., p. 1442. In verità questa giurisprudenza mette insieme i due adempimenti, viceversa la disciplina contenuta nell'art. 2361, comma 2, c.c., nell'ambito della società per azioni si compone di due distinti nuclei aventi ad oggetto il momento anteriore all'atto di assunzione della partecipazione (la delibera assembleare) ed il momento successivo (l'informazione da offrire ad opera degli amministratori nella nota integrativa a tutela dei terzi). La delibera assembleare viene ricondotta allo schema dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c. producendo l'inefficacia dell'atto che necessita l'autorizzazione assembleare (cfr. in tema Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività di impresa»*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 194; Mirone, Sub *art. 2361 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, p. 419). Nello stesso senso App. Bologna, 11 giugno 2008 n. 965, cit., p. 1298.

[32] Il legislatore, invero, non richiede che l'autorizzazione dell'assemblea sia espressa e preventiva, sicché la stessa potrebbe intervenire a ratifica della operazione compiuta dagli amministratori, ovvero manifestarsi anche successivamente, laddove l'assemblea approvi il progetto di bilancio predisposto dagli amministratori e nel quale questi danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio. Ciò che deve affermarsi è comunque che la decisione sia presa consapevolmente in seno a una assemblea quale frutto del suo deliberato, sicché a nulla vale a tal fine una decisione extrassembleare.

[33] La norma esclude l'opponibilità ai terzi delle limitazioni ai poteri degli amministratori derivanti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, ma appare agnostica rispetto ai limiti legali, sebbene pare difficile che il silenzio possa uniformarne il regime omologandolo a quello dei limiti convenzionali (*Sciuto - Spada*, Il *tipo* della società per azioni, in Trattato della società per azioni, diretto da Colombo – Portale, 1*, Torino, 2004, 59).

[34] In buona sostanza, poiché la concreta configurazione di una società di fatto fra società di capitali consegue necessariamente a comportamenti concludenti dell'organo amministrativo, la mancanza degli adempimenti (così individuati) non si sottrarrebbe al disposto di cui all'art. 2384 c.c., quale norma che esprime un principio di carattere generale attraverso cui guardare tutte le condotte, anche illegittime, degli amministratori, i quali hanno la rappresentanza generale della società (primo comma) e le limitazioni ai loro poteri «non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate» (secondo comma). Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, cit., p. 1330, che in realtà *prova troppo* quando afferma che escludere la costituzione per *facta concludentia* di una società di persone tra società di capitali significherebbe negare l'ammissibilità della stessa società di fatto tra società di capitali. Infatti non va escluso che il legislatore abbia voluto raggiungere proprio questo risultato. In realtà l'art. 2384, secondo comma c.c. è riferito unicamente alle «limitazioni che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti», ovvero alle sole limitazioni convenzionali e non a quelle legali (In tema Cass. 26 gennaio 2006, n. 1525, in *Giur. it.*, 2006, p. 1863) l'attribuzione esclusiva all'assemblea della delibera, e non della mera autorizzazione, non solo rappresenta un limite direttamente posto dal legislatore, ma si pone su un piano diverso rispetto a quello della mera limitazione legale dei poteri gestori. Il legislatore riconduce l'oggetto della delibera alla competenza dell'assemblea (art. 2364 n. 5 – ove è chiara al legislatore la differenza fra «oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea» e «autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti amministrativi» – e 2365, primo comma c.c.), sottraendolo alla competenza dell'organo

Il tema è stato riproposto dalla Corte costituzionale nell'ordinanza del 12 dicembre 2014 n. 276[35] e poi – recentemente – nella decisione del 29 gennaio 2016, n. 15[36], che ha dichiarato la questione posta inammissibile in quanto i giudici rimettenti non si erano espressi sull'eventualità che una società di capitali partecipi ad una società di persone anche per fatti concludenti, senza osservare le prescrizioni dettate dall'art. 2361 c.c. e solo una interpretazione favorevole a tale eventualità, infatti, avrebbe, eventualmente, potuto consentire l'applicazione dell'art. 147, comma 5, l. fall., di cui si chiedeva l'illegittimità costituzionale nella parte in cui prevede l'applicazione al solo imprenditore individuale.

Le vicende trovavano origine da ricorsi proposti dalla curatela di S.r.l. fallite che avevano adito il Tribunale di Bari[37], di Parma e di Catania[38] al fine di

amministrativo e, dunque, all'operatività dell'art. 2384, secondo comma, c.c. (App. Bologna 11 giugno 2008 *cit.,* 1294, secondo cui, nella fattispecie, non trovano spazio applicativo i principi di effettività dell'attività di impresa, in materia desunta anche dalla conservazione degli atti compiuti da società di capitali nulla *ex* art. 2332 c.c., con conseguente ed inammissibile prevalenza delle esigenze di tutela dei soci e dei creditori della società rispetto a quelle di tutela dell'affidamento dei terzi che con essa entrino in contatto e principalmente espresse proprio dalla disposizione di cui all'art. 2384 c.c. I suddetti principi non hanno alcuna valenza, ove sia lo stesso ordinamento normativo ad escluderli, essendo evidente che nessun affidamento può essere posto dal terzo in presenza di una norma che elimina in radice la possibilità di attribuire ai comportamenti dell'organo amministrativo di una società di capitali valenza di estrinsecazione, giuridicamente tutelabile, della partecipazione della società di capitali amministrata ad una società di mero fatto, con ogni evidente ed ulteriore irrilevanza, sul punto, del disposto di cui all'art. 2384, secondo comma c.c. Né analogamente rileva il diverso richiamo all'art. 2332 c.c., nell'ambito del quale la ragione della tutela dei terzi e della conservazione degli atti è prevista solo per gli atti successivi all'intervenuta iscrizione della società – nonostante la nullità – al Registro delle Imprese in ossequio alla generale disciplina pubblicitaria che, per l'appunto, presiede l'agire giuridicamente rilevante delle società di capitali). È stato inoltre rilevato dai fautori della tesi dell'ammissibilità della super-società di fatto, che gli artt. 2391, terzo comma, 2385, quinto comma e 2486, secondo comma, c.c., fanno salvi i diritti acquistati dai terzi in ipotesi, rispettivamente, di deliberazioni del C.d.A. assunte in conflitto di interessi, di nullità e/o annullabilità della nomina degli amministratori, di operazioni poste in essere dagli amministratori in caso di sussistenza di una causa di scioglimento della società. Tuttavia anche queste ipotesi sembrano porsi sul piano delle limitazioni inopponibili ai terzi *ex* art. 2384 c.c., e non su quello di distribuzione delle competenze fra gli organi della società.

[35] Corte costituzionale, 12 dicembre 2014, n. 276, in *Fallimento*, 2015, 4, p. 414, con nota di Angiolini, *Super-società" di fatto: la Consulta non "scioglie la riserva*".

[36] Corte Cost. n. 15 del 2016, Pres. Criscuolo, Rel. Morelli, in corso di pubblicazione in *Fall.*, con nota di Angiolini, *Consulta e Suprema Corte a confronto su partecipazione societaria di fatto e fallimento*. Il Tribunale di Catania con ordinanza del 27 novembre 2014 aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 24, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, comma 5, in quanto, secondo il rimettente, la norma denunciata – nel ricollegare alla dichiarazione del "fallimento di un imprenditore individuale" la possibilità del fallimento in estensione di altro soggetto (persona fisica o giuridica) che risulti socio (di fatto) dell'originario fallito – contrasterebbe, appunto, con gli evocati parametri costituzionali, nella parte in cui, "nell'ipotesi di fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società di capitali" (nella specie una s.r.l.), non ne consentirebbe l'estensione ad altri soci di fatto, siano essi persone fisiche o società, come, nel giudizio *a quo* invece richiesto dal curatore ricorrente (con riguardo, in particolare, ad una società in accomandita semplice). Esclusa la possibilità di una interpretazione analogica della suddetta disposizione, in ragione del suo carattere eccezionale, ne conseguirebbe – come già denunciato con ordinanza in data 13 novembre 2013 del Tribunale ordinario di Bari – la violazione, in primo luogo, del precetto dell'uguaglianza. Ciò sotto il duplice profilo di una disparità di trattamento, per un verso, tra impresa individuale e società di capitali, agli effetti della estensibilità del rispettivo fallimento, e, per altro verso, "tra società di fatto, posto che, ove il fallimento venga richiesto immediatamente nei confronti della stessa società di fatto, esso sarebbe ammissibile *ex* art. 147, comma 1, l. fall. mentre non sarebbe possibile ove venga richiesto in estensione, quando il fallimento originariamente dichiarato riguardi una società di capitali"; che ulteriore *vulnus* risulterebbe poi arrecato all'art. 24, primo comma, Cost., per l'ingiustificata maggior tutela che la norma censurata riconoscerebbe ai creditori di società di fatto composte esclusivamente da soci persone fisiche, o, comunque, di società di fatto dichiarate fallite in estensione al fallimento di un imprenditore individuale, rispetto ai creditori di società di fatto allorché l'originario fallimento riguardi una società di capitali socia della società di fatto. Identica questione è stata sollevata dal Tribunale di Parma, con ordinanza del 13 marzo 2014, iscritta al n. 93 del registro ordinanze del 2015. In entrambi i giudizi – che sono stati riuniti – è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, la questione è dichiarata inammissibile atteso che entrambi i Tribunali rimettenti hanno omesso del tutto di valutare se le circostanze di fatto siano espressive di una *affectio societatis* che riveli l'effettiva esistenza di una società occulta costituita con la partecipazione della società originaria fallita: dal che la rilevanza meramente eventuale della questione di estensibilità del fallimento ad una società di fatto di cui non è stata previamente accertata l'esistenza. Inoltre – come rilevato nella sentenza n. 276 del 2014, con riguardo alla precedente già richiamata ordinanza del Tribunale di Bari – «il rimettente (cioè il Tribunale di Catania e quello di Parma) non si è preliminarmente interrogato sulla possibilità per una società di capitali di partecipare ad una società di fatto, a fronte del disposto del novellato art. 2361, comma 2». Con la conseguenza che «il giudice *a quo* non ha verificato la compatibilità di tale previsione con la possibilità per le società di capitali di partecipare a società di fatto la cui costituzione avviene *per facta concludentia*, prescindendo, dunque, da qualunque formalità». Per di più, nel giudizio dinanzi al Tribunale di Catania, introdotto dal curatore di una società a responsabilità limitata, il rimettente non ha nemmeno accertato se la disciplina relativa all'assunzione di partecipazione in società a responsabilità illimitata, testualmente riferita alle società per azioni, cui ha specificamente riguardo l'art. 2361 c.c., possa estendersi anche alle società a responsabilità limitata per le quali manca una analoga previsione espressa.

[37] Trib. Bari, 20 novembre 2013, in *Dir. fall*, 2014, 3, p. 319 con nota di Dell'Osso, *La supersocietà di fatto (tra società di capitali) al vaglio della Corte Costituzionale* ed in *Giur. comm*., 2014, 5, II, p. 906 con nota di Murino, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*. Conforme, Trib. Parma, 13 marzo 2014, (ord.).

[38] Trib. Parma, 13 marzo 2014, in *Fallimento*, 2014, pp. 8-9 (con nota critica di Signorelli, *Estensione del fallimento da società di capitali a società di fatto?*); in *Giur. it*., 2015, p. 138 con nota di

ottenere la declaratoria di fallimento anche delle presunte società di fatto costituite tra le società di capitali e persone fisiche.

In ogni caso, gli ostacoli evidenziati per le società per azioni potrebbero, come rileva anche la Consulta, non riguardare le società a responsabilità limitata alle quali da un lato non è applicabile per rinvio espresso l'art. 2361 c.c., ma che dall'altro lato, a norma dell'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c., sono annoverate tra le persone giuridiche che possono partecipare a società personali[39].

Il legislatore, parla semplicemente di s.n.c. e s.a.s. non facendo riferimento al fatto che la stessa società debba essere *regolare*, sicché potrebbe anche implicitamente dedursi la possibilità di dare vita a società irregolari o più semplicemente di fatto[40]. Ciò che l'art. 2361 c.c. consente, infatti, è la partecipazione "in altre imprese comportante una responsabilità illimitata" e la società di fatto è sicuramente tale.

Per le società a responsabilità limitata sembrerebbe quindi, in assenza di prescrizioni normative, che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, rappresenti un atto gestorio proprio degli amministratori, non rimesso alla competenza dei soci ai sensi dell'art. 2479, comma 2 n. 5, c.c. Ciò anche se *a contrario* va rilevato che in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci di società a responsabilità limitata le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, quale potrebbe essere la partecipazione in oggetto[41]. Non vi sarebbero preclusioni per l'applicazione analogica della disciplina di cui all'art. 2361, comma 2, c.c., in quanto nella s.r.l. sussistono interessi interni paragonabili a quelli di una s.p.a.[42]. Le limitazioni al potere degli amministratori previste per quest'ultima, sussistendo l'*eadem ratio*, si giustificherebbero anche per questo tipo di società[43]. Resta infine la considerazione che l'ordinamento delle società di persone non impone generalmente la forma scritta per esprimere la volontà sociale, ed è quindi preferibile ritenere che la S.r.l. possa assumere tale qualifica senza una formale deliberazione o attraverso comportamenti concludenti anche in una società palese[44].

In ogni caso, nonostante le diverse aperture[45], parte della giurisprudenza ha continuato ad affermare che l'assenza della necessaria delibera assembleare renderebbe inefficace la partecipazione (torneremo più avanti sulla supposta patologia), con ogni conseguente

Russo, *Società di fatto partecipata da società di capitali: un problema di costituzionalità?*, secondo cui «è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, quinto comma, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nella parte in cui, nell'ipotesi di fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società di capitali, non consente l'estensione di fallimento ad una società di fatto tra la società originariamente dichiarata fallita ed altri soci di fatto, siano esse persone fisiche o altre società, per contrasto con gli artt. 3, primo comma, e 24, primo comma, Costituzione»). Sussisterebbe nella prospettiva dei giudici di merito anche la violazione dell'art. 24, primo comma, Cost., in quanto sarebbe maggiore la tutela concessa ai creditori di società di fatto composte da persone fisiche (o anche di società di fatto fallite dopo il fallimento di un imprenditore individuale) rispetto all'ipotesi di un originario fallimento di società di capitali, socia della s.d.f.

[39] La norma infatti prevede che «qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili di cui all'art. 2361, comma secondo siano spa, sapa o srl, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per la spa. Esse devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'art. 26 d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127 ed in presenza dei presupposti ivi previsti».

[40] A sostegno dell'ammissibilità sarebbe per qualcuno il fatto che la fattispecie della «supersocietà» di fatto è per certi versi ammessa *tout court* dal medesimo primo comma dell'art. 147 l. fall. (il capo III del titolo V del libro V espressamente richiamato nel corpo dell'art. 147, primo comma l. fall., contempla pur all'art. 2297 c.c., il modello della collettiva irregolare, alla cui disciplina si ricollega, come mera variante, la società di fatto esercente attività d'impresa commerciale, sicché la possibilità di soci illimitatamente responsabili non persone fisiche, che lo stesso art. 147, primo comma, l. fall. prospetta, va riferita sia al modello che alla sua pura e semplice variante (Abete, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fall.,* 2009, p. 1119).

[41] Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, p. 298 s.

[42] Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 118. In senso conforme, ritenendo di dover ritenere applicabile l'art. 2361 anche alle S.r.l., M. Irrera, *La società di fatto*, cit., p. 1334.

[43] Audino, *Partecipazioni*, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, I, p. 426. L'applicazione analogica dell'art. 2361 sarebbe opportuna in quanto, se l'approvazione dell'assemblea è prevista per le società per azioni ove i soci sono assolutamente estranei alla vita dell'impresa, tanto più si rende necessaria in un modello societario ove sono notevolmente ampliati i poteri decisionali degli stessi (Cian, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo. Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibba e Marasà, Padova, 2009, IV, p. 22).

[44] In questo ambito va risolto anche il problema del socio amministratore persona giuridica visto che la dottrina preferibile propende per l'ammissibilità (cfr. al riguardo Regoli, *L'organizzazione delle società di persone,* in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2005, p. 53).

[45] Nel senso della possibilità di partecipare *per facta concludentia* con le relative conseguenze: Trib. Brindisi 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, 5, II, p. 906; Trib. Nola 23 maggio 2013, cit.; Trib. Reggio Calabria 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, 1, p. 63, con nota di Guerrera, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sulla estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*; App. Catanzaro 30 luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, 3, p. 43; Trib. Palermo 14 ottobre 2012, in *Società,* 2013, p. 392, con nota di Hamel, *Il fallimento di società di fatto tra società di capitali;* Trib. Vibo Valentia 10 giugno 2011, in *Giur. merito*, 2012, 3, p. 656, con nota di Franchi, *Appunti sulla partecipazione di una S.r.l. ad una società di persone*; Trib. Prato 10 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 11, p. 2721, con nota di Gaeta, *Riflessioni sull'assunzione di partecipazioni in mancanza della autorizzazione assembleare prevista dall'art. 2361, comma 2 c.c.,* in *Dir. fall.*, 2011, 3-4, II, p. 382 con nota di Bailo Leucari, *La partecipazione di società di capitali ad una società di fatto: presupposti normativi ed esigenze di tutela dei terzi*.

effetto sulla configurabilità società di fatto tra o con società di capitali, in quanto la violazione del precetto precluderebbe la riferibilità o imputabilità giuridica, non dei singoli atti compiuti, ma dell'attività d'impresa unitariamente considerata (intesa come coordinamento temporale e funzionale dei singoli atti) ed effettivamente svolta dagli amministratori[46].

4. *(Segue)*. L'orientamento della Cassazione

Secondo la Suprema Corte chi entra in contatto con l'ente deve poter confidare sulla spendita del nome dello stesso da parte di coloro che ne hanno la rappresentanza senza dover avere l'onere di accertare se siano stati rispettati o meno i procedimenti endo-corporativi per quelle operazioni che gli amministratori potrebbero porre in essere con i terzi[47]. Agli amministratori dunque sarebbe conferito un potere di rappresentanza generale – sino al punto in cui la legge "consente di conferirlo" ed il terzo deve poter contare su tale estensione restando così indifferente la divisione delle varie competenze – e, al contempo, non vi sono norme che dettano una diversa disciplina per i limiti legali.

La norma di cui 2384 c.c. rappresenterebbe proprio un rimedio diretto ad evitare che il terzo possa abusare della tutela offertagli dal principio dell'inopponibilità, attribuendo all'ente la possibilità di sollevare *l'exceptio doli*.

Pertanto, l'assenza della delibera assembleare dovrebbe considerarsi inopponibile ai terzi, tranne qualora si provi che gli stessi hanno agito intenzionalmente a danno della società.

L'ordinamento, in linea generale, esclude la nullità o l'inefficacia di un atto posto in essere dall'organo gestorio senza il rispetto delle regole sull'autorizzazione assembleare, quando richieste, al fine di privilegiare una tutela obbligatoria rispetto ad una reale. E l'art. 2361 c.c. non rappresenterebbe una norma di divieto, né una condizione di efficacia dell'atto da parte degli amministratori autorizzati. Il potere gestorio e rappresentativo, anche per le materie sottoposte all'assemblea, rimarebbe sempre in capo agli amministratori.

Nella detta sentenza per i giudici di legittimità la delibera va insomma intesa a guisa di una "autorizzazione", distinta come tale dall'atto gestorio, e come tale inidonea a configurare patologie invalidanti[48], in linea con la sentenza d'appello secondo cui l'art. 2361 c.c. «mira a rimuovere un limite ai poteri gestori all'unico fine di esonerare gli amministratori da responsabilità sociale, mentre l'assunzione della partecipazione resta valida ed efficace», anche in considerazione del fatto che la delibera non è soggetta a iscrizione e pertanto «non sarebbe ragionevole, nel bilanciamento degli interessi dei creditori della società di capitali e di quelli della società di fatto che sull'unicità del centro d'imputazione abbiano confidato, preferire i primi».

Dunque per la Cassazione «nessuna disposizione sancisce il divieto di assumere la partecipazione in una società che preveda la responsabilità illimitata della società azionaria – esistendo, al contrario, una norma di permesso – né commina al riguardo, ai sensi dell'art. 1418, comma 3, c.c., la nullità della partecipazione stessa, sol perché manchi la previa deliberazione assembleare o l'indicazione nella nota integrativa; quanto all'inadempimento degli amministratori a detto obbligo di darne notizia nella nota integrativa al bilancio, ancor più dubbio è che da ciò possa derivare, quale adempimento successivo all'assunzione della partecipazione ed in mancanza di espressa previsione contraria, tale conseguenza». La nullità contemplata dall'art. 1418 «postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto» ma in questo caso, al contrario, la partecipazione è ammessa. Il legislatore della riforma, invero, aveva di fronte il chiaro testo di divieto previsto al preesistente art. 2361 c.c., comma 1, ("non è consentita"), che ben avrebbe potuto mutuare nella sua struttura: ma ha dettato una disposizione abilitativa costruita all'inverso.

Condizionare la sussistenza di una società di fatto al rispetto delle indicazioni normative andrebbe in contrasto anche con il principio dell'apparenza in forza del quale, proprio al fine di tutelare i terzi, viene considerata centro di imputazione di rapporti giuridici una società priva degli elementi costitutivi che non sarebbe comunque l'ipotesi in esame che, al contrario, riguarderebbe proprio «l'effettiva collaborazione d'impresa tra più soggetti, non situazioni meramente apparenti per i terzi».

Accanto ai soci devono essere tutelati anche i creditori in quanto, a seguito dell'assunzione di respon-

[46] Trib. S.M. Capua Vetere, decr., 15 gennaio 2015, in *ilcaso.it*; Trib. Foggia, 3 marzo 2015 in *ilcaso.it*; Trib. Como sez. I, 7 maggio 2015, in *dejure.it*; Trib. Mantova 30 aprile 2013, in *Giur. comm*., 2014, 5, II, p. 906; Id. 8 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, p. 1001; App. Napoli 5 giugno 2009, cit.; App. Venezia 10 dicembre 2011, in *ilcaso.it*,; Trib. Bergamo, 19 marzo 2015, in *dejure.it*. In tema cfr. anche Della Tommasina, *Dissociazione fra gestione e rappresentanza nella società per azioni e diritti dei terzi*, in *Riv. soc.*, 2015, 4, p. 657.

[47] Nella stessa linea nella dottrina più recente: Sciuto, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministrativo di S.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 35, secondo cui «l'ambito della opponibilità al terzo coincide con quello che si pone al di là del perimetro massimo dei poteri rappresentativi che, in qualunque caso, l'autonomia privata potrebbe attribuire agli amministratori, ivi comprese quelle operazioni che gli amministratori, sia pure a certe condizioni potrebbero efficacemente realizzare con i terzi».

[48] Sul piano definitorio, può parlarsi «di autorizzazione (sulla falsariga della previsione generale di cui all'art. 2364 c.c., comma 2, n. 5), quale atto che integra poteri già esistenti in capo all'organo amministrativo; ma ciò potrebbe non risolvere ancora la questione, posto che non dice se essa, nel diritto privato societario, costituisca una condizione di efficacia dell'atto dell'organo autorizzato opponibile a chiunque, o se abbia solo una valenza organizzativa interna: fine al quale provvede allora il ricordato art. 2384 c.c.».

sabilità illimitata, aumenta l'esposizione debitoria dell'ente con conseguente concorso dei creditori della conferitaria sull'intero patrimonio sociale, anche in considerazione la delibera assembleare non è soggetta ad iscrizione. L'art. 2361 c.c. non pare estendere il precetto relativo all'autorizzazione assembleare anche alla S.r.l., ma «intende solo dire che la società personale interamente partecipata da società di capitali sarà soggetta alle medesime prescrizioni di bilancio, mentre le partecipanti avranno l'obbligo del consolidamento». Ma se si ammette che la partecipazione di una S.p.A. sia comunque efficace in assenza dell'autorizzazione, la stessa sarebbe tanto più superflua qualora la partecipazione riguardi una S.r.l., essendo difficile immaginare che i soci non siano a conoscenza dell'operato dell'organo gestorio avendo poteri di indirizzo e di controllo sulla società. In ogni caso "dovrebbe accertarsi che la partecipazione sia così eterogenea rispetto ai fini sociali da modificare l'oggetto in concreto" ed anche i diritti dei soci non risultano modificati, continuando ad essere vincolati entro il conferimento, ma unicamente quelli della partecipante stessa che diviene illimitatamente responsabile. L'indicazione contenuta nell'art. 2497, n. 5, c.c., può rappresentare una limitazione legale al potere degli amministratori, ma, in particolare, solo al "loro potere decisionale"; quindi l'operazione modificativa dell'oggetto sociale compiuta in assenza della delibera esporrebbe gli amministratori ad una eventuale azione di responsabilità o a revoca, ma non andrebbe a travalicare il limite al potere di rappresentanza, nei rapporti esterni: L'operato resterebbe impegnativo per la società perché la legge consente di conferire quei poteri agli amministratori, anche se a quelle condizioni.

Secondo tale orientamento va dunque valorizzato l'accento posto sull'eccesso dai poteri agli amministratori conferiti per legge ed anche da quelli che essa "consente di conferire" loro. La riserva «posta dall'art. 2384 c.c., comma 2, *post* riforma rappresenta un rimedio diretto ad evitare che il terzo possa abusare della tutela offertagli dal principio dell'inopponibilità, attribuendo alla società una vera e propria *exceptio doli*, volta a garantire che la regola del contenuto inderogabile della rappresentanza non sia utilizzata per finalità contrastanti con gli interessi tipici che il legislatore ha inteso tutelare». Qui la soluzione prescelta per la tutela dei terzi non utilizza il criterio della tutela dell'affidamento incolpevole, ma è più radicale, ricorrendo il legislatore ad un'astrazione del potere di rappresentanza dal sottostante potere di gestione.

Le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori non operano nei confronti dei terzi, salva la prova che essi abbiano intenzionalmente agito in danno della società: onde si esclude sia la sussistenza di un onere del terzo di accertarsi preventivamente dell'esistenza di tali limitazioni, sia la rilevanza della mera conoscenza delle stesse da parte del terzo. Del resto, «come si è osservato da molti, sarebbe assai semplice, per gli amministratori della società, aggirare le norme sulla responsabilità patrimoniale e quelle a ciò collegate, invocando la mancata autorizzazione in caso di risultati negativi e, invece, acquisire gli effetti favorevoli di quella partecipazione».

5. La supersocietà affetta da nullità è pur sempre una supersocietà in liquidazione venuta ad esistenza

Occorre innanzitutto prendere in considerazione un aspetto fondamentale che né la Cassazione né la dottrina ha preso in considerazione, nonostante sia stato da che da tempo rilevato, rappresentato proprio dagli effetti che la violazione del limite comporterebbe[49]. Il fenomeno della configurazione di una "supersocietà" di fatto, quand'anche fosse viziato sul piano genetico, produce comunque delle conseguenze rilevanti di natura sostanziale.

Se infatti, propendendo in astratto per una interpretazione più rigida e restrittiva, si giungesse ad affermare che il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2361 c.c., comporta l'inefficacia o la nullità dell'assunzione della partecipazione o del vincolo associativo nella superocietà di fatto, bisogna pur sempre considerare che, in forza di un principio di conservazione degli atti posti in essere in forza di un contratto di società nullo[50], l'attività di fatto compiuta dall'ente dovrebbe comunque continuare ad avere rilevanza[51].

Si badi bene che nella fattispecie non ci troviamo al cospetto di una società di persone regolarmente costituita ed iscritta al registro delle imprese e della quale una o più S.r.l. acquistano quote di partecipazione, ma al contrario si tratta di una partecipazione nascente dalla costituzione "di fatto" e per comportamenti concludenti di un centro autonomo di imputazione di diritti soggettivi, attivi e passivi.

Qui non si tratta della inefficacia di un acquisto di quote, ovvero di una vicenda in cui la società vede venir meno uno dei soci senza generare lo scioglimento dell'intero contratto sociale. Come noto nel contratto di società la tendenziale plurilateralità associativa comporta che il venir meno di una delle parti del contrat-

[49] Fimmanò, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, p. 298 s.

[50] Sul tema anche Palmieri, *La nullità della società per azioni*, in Trattato Colombo-Portale, 1*, Torino, 2004, 490; Id., *Nullità della società*, in *Società di capitali*, Commentario, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 99.

[51] In tal senso Cottino, *Sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 302 ss. ove osserva (*ivi*, 308) che «dal momento dell'entrata nel traffico giuridico si tratta di regolare una situazione il cui vizio di origine non le impedisce di combaciare nella sua estrinsecazione concreta con la fattispecie di una società di fatto: di fatto due o più soggetti realizzano un'attività societaria, così come avviene nel caso in cui, senza l'osservanza di alcuna formalità, altri soggetti diano corso in comune, allo scopo di dividerne gli utili, all'esercizio di un'attività economica».

to, a differenza di quanto accade nei negozi di scambio, non genera la fine dell'intero contratto, a meno che quella parte (ed il relativo conferimento) non fosse essenziale al raggiungimento dello scopo sociale.

Nella casistica in esame non parliamo dell'acquisto di una quota, ma parliamo dell'assunzione di una partecipazione generata da *facta concludentia* "costitutivi" dell'ente. Dunque il vizio generato dal mancato rispetto delle norme di legge contenute nell'art. 2361 comma 2 c.c. (da cui trova origine la super-società di fatto) sarebbe così sanzionato con la nullità dell'intero rapporto, che si convertirebbe quindi sempre e comunque – nel sistema del diritto societario – in una causa di scioglimento con la necessaria apertura della fase liquidatoria[52]. Quando dal comportamento concludente nasce infatti il centro autonomo di imputazione dei rapporti soggettivi, attivi e passivi, la regola diventa la liquidazione, per la necessità di definire i rapporti pendenti.

La società nulla è considerata, per il passato, una società valida e, per il futuro, una società valida in stato di liquidazione[53].

In questo caso quindi non sarebbero comunque travolti gli atti posti in essere sino a quel momento che rimangono vincolanti per la compagine sociale né i relativi effetti complessivi. Gli effetti dell'invalidità della società, infatti, in deroga ai generali principi dell'ordinamento sulla nullità del contratto, non retroagiscono e sono applicabili anche alle società di persone.

Come ha avuto modo di affermare una certa giurisprudenza, aderendo integralmente alla nostra impostazione[54], la violazione dell'art. 2361, comma 2, c.c., «pur importando la nullità della partecipazione alla società, non comporta la caducazione retroattiva della sua esistenza, stante la disciplina peculiare delle nullità societarie, applicabile anche alle società di persone»[55].

Ed allora, tutte le questioni affrontate dalla giurisprudenza e dalla dottrina, che il fenomeno in esame pone, potrebbero trovare questa soluzione interpretativa se si considera che l'ente di fatto illegittimamente venuto ad esistenza si intenderà sciolto e, per l'effetto, sottoposto alle regole dettate per la fase della liquidazione delle società[56]. Sembra banale ma è così.

Dal verificarsi di una causa di scioglimento non discende l'automatica estinzione in quanto si rende necessario, preliminarmente adempiere alle obbligazioni assunte dall'ente o meglio alla definizione dei rapporti pendenti. E così, anche nell'ipotesi in commento, dovranno essere definiti tali rapporti, con evidenti effetti sui diritti dei terzi in buona fede. Dunque sarebbe accertata l'esistenza di una supersocietà di fatto sciolta cui resta applicabile lo statuto della società in nome collettivo irregolare e lo statuto dell'imprenditore commerciale a cominciare dal fallimento[57].

La citata giurisprudenza di merito ha convenuto che va evidenziata la peculiarità dei contratti societari ed in particolare la loro funzione organizzatoria; i contratti associativi "danno luogo non solo alla costituzione di un rapporto giuridico tra i contraenti, ma alla istituzione di un'organizzazione per l'esercizio di un'attività, alla nascita di un soggetto che a sua volta intraprende rapporti con i terzi. Ciò impone la necessità di valorizzare le conseguenze derivanti dallo svolgimento dell'attività da parte dell'ente, ragion per cui acquistano rilevanza giuridica (e vanno necessariamente regolamentati) gli effetti prodotti dal fatto verificatosi ed ineliminabile consistente nell'avvenuto esercizio dell'attività sociale. Ne consegue che deve ritenersi vigente nel nostro ordinamento un generale principio – valevole per le società di capitali, come per quelle personali – per cui le cause di invalidità del contratto costitutivo provocano la caducazione della società, fermo restando gli effetti prodotti *medio tempore*, mediante l'esercizio di attività esterna"[58].

Si deve rimarcare che sarebbe contrario al principio di buona fede, canone conformante tutte le relazioni tra privati, la condotta di chi, dopo aver concluso ed eseguito un contratto secondo una forma diversa rispetto a quella programmata, pretenda, nel caso in cui il risultato conseguito sia difforme rispetto a quello sperato, di liberarsi dal vincolo negoziale. È agevole osservare che il piano della volontà è distinto rispetto a quello della sua manifestazione e, quindi, della forma tramite la quale essa è indirizzata al suo destinatario.

[52] Fimmanò, *Art. 2497, commi 3-4*, cit., p. 152.

[53] Sciuto, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 1, p. 431.

[54] Fimmanò, *Abuso dell'attività di eterodirezione ed insolvenza delle società dominate*, in *La dichiarazione di fallimento. Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, p. 33.

[55] App. Napoli 14 gennaio 2013, Pres. Lipani, Est. Pica, inedito, 15 (secondo cui la sanzione per la violazione non può che essere quella della nullità, anche sulla base della considerazione che la deficienza di potere costituisce mancanza di un elemento essenziale per l'agire rappresentativo, cfr., con riguardo all'ipotesi di cui all'art. 1398 c.c., Cass. n. 3178/1958. D'altronde sarebbe incongruo che il legislatore avesse introdotto, per interessi superiori norme restrittive ai poteri dell'organo amministrativo prevedendo poi come sostanzialmente priva di effetti – specie verso i terzi – la loro violazione, in tal modo svuotandone la portata precettiva).

[56] Fimmanò, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori*, cit., p. 299.

[57] Fimmanò, *art. 2497, commi 3-4, op.loc. ult cit.*; Id., *Affectio societatis, affectio familiaris ed accomandante occulto*, in *Riv. not.*, 5, 1996, p. 1243.

[58] App. Napoli 14 gennaio 2013, cit., p. 16. La Cassazione ha affermato che la declaratoria di nullità della società di persone che ha operato come tale va equiparata, *quoad effectum*, allo scioglimento della stessa, sia perché è possibile applicare in via analogica l'art. 2332 c.c. (in quanto espressione di una regola estensibile alla totalità dei rapporti sociali di fatto), sia perché può farsi ricorso alla categoria concettuale della fattispecie contrattuale di fatto, con la conseguenza che la dichiarazione di nullità lascia sopravvivere fino alla sua pronuncia una compagine sociale che abbia agito (Cass 19 gennaio 1995, n. 565 in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 1165 con nota di Cottino).

La nullità per mancanza dell'elemento della volontà deriva dalla completa assenza della determinazione soggettiva di regolare i propri interessi e proprio perché si caratterizza per l'inesistenza sul piano empirico della componente volitiva prescinde dal problema della manifestazione e, quindi, della forma.

Le disposizioni di cui all'art. 2332, comma 2, e ss. sono espressione di un principio generale, per cui la dichiarazione di nullità non ha effetto retroattivo e comporta gli effetti propri dello scioglimento e della liquidazione della società[59].

In definitiva alla invalidità della partecipazione assunta da parte della S.r.l. nella ipotizzata società di fatto non consegue la caducazione con effetti *ex tunc* della stessa, con la conseguenza che l'eventuale dichiarazione di nullità lascia pur sempre sopravvivere sino alla sua pronuncia la compagine sociale che abbia agito, consentendone l'assogettabilità alla liquidazione concorsuale, in caso di insolvenza.

6. Abuso della personalità giuridica ed *affectio societatis*

In ogni caso supposta in astratto l'ammissibilità di una super-società di fatto[60], almeno con soci delle S.r.l., va ribadita la necessità di analizzare i due schemi fattuali assolutamente ricorrenti nella realtà.

Nella quasi totalità dei casi è il curatore della società *subornata* e fallita ad agire per ottenere il fallimento in estensione di altre società di capitali socie, semmai, unitamente a persone fisiche della supersocietà di fatto (basta leggere nelle varie sentenze, comprese quelle della Corte costituzionale il substrato fattuale delle vicende).

Orbene a nostro avviso l'art. 147, comma 1, l. fall., non consente comunque di arrivare *in via ascendente* dalla società di capitali fallita (utilizzata come veicolo strumentale) alla società di fatto (od occulta) *holding*, ma viceversa esige, come emerge dallo stesso art. 147 l. fall., la previa dichiarazione di insolvenza della società di persone, anche se di fatto (od occulta), per produrre poi in via discendente *(rectius* per caduta) il fallimento in estensione della (o delle) società di capitali in successione almeno logica (anche se non cronologica laddove siano contestuali)[61].

Nè a questo fine è ipotizzabile un fallimento virtuale prima di una sua effettiva dichiarazione[62] o comunque *un* accertamento meramente incidentale di una supersocietà di fatto[63], come presupposto per la richiesta di estensione del fallimento ai soci, considerato il carattere costitutivo[64] della sentenza di fallimento che ha efficacia *erga omnes* ed *ex nunc*[65].

Tra la pronuncia di fallimento della società e quella dei soci illimitatamente responsabili, «esiste un rapporto *di dipendenza unidirezionale*», nel senso che, anche se non è vero il contrario, «la dichiarazione di fallimento del socio trova il suo presupposto nella dichiarazione di fallimento della società, la cui eventuale nullità infatti travolge anche l'altra dichiarazione»[66].

[59] Alla nullità del contratto di società di persone non si applica la regola prevista per i contratti di scambio, secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*, ma la suddetta previsione generale valida per i contratti associativi, con la conseguenza che, allorché accerta la nullità, il giudice provvede alla nomina del liquidatore (App. Napoli 14 gennaio 2013, cit., 17, che rileva come le norme di cui all'art. 2332 non sono eccezionali e sono richiamate anche dalle altre società di capitali e le cooperative e di cui all'art. 20 del d.lgs n. 96 del 2001 regolante la invalidità della società tra avvocati).

[60] In tema cfr tra gli altri: Tombari, *La partecipazione*, cit., p. 185 s.; Autuori, *Art. 2361 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, *Azioni*, Milano, 2008, p. 739; Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, Milano, 2005; Audino, *Sub Art. 2361 c.c.*, in *Il Nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 411 s.; Donativi, Sub *art. 2361 c.c.*, in *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di Sandulli - Santoro, 2, I, Torino, 2003, p. 220; Toschi Vespasiani, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Società*, 2004, p. 1076 s.; Riccio, *La società di capitali può, dunque, essere socia e amministratore di una società di persone*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 314; Cavanna, *Sub Art. 2361, 2° comma, c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario Cottino, I, Bologna, 2004, p. 450; Dagnino, *La partecipazione di società di capitali*, cit., p. 291; Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum di G. F. Campobasso*, diretto da Abbadessa - Portale, I, Torino, 2007.

[61] Bisogna accertare l'esistenza della società occulta con un «procedimento prima ascendente e poi discendente» sulla cui base è necessario dimostrare prima l'esistenza della società e solo successivamente il vincolo sociale del singolo socio (Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 531).

[62] In questo senso Patti, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in *Fall.*, 2007, p. 355.

[63] Cfr. già Bigiavi, *La sentenza c.d. di estensione del fallimento alla società occulta*, in *Riv. dir. civ.,* 1956, p. 448 con riferimento anche alla scelta del legislatore francese dell'epoca di escludere il *faillite de fait*.

[64] La natura è necessariamente costitutiva in quanto modifica una situazione ed in particolare uno *status* personale (al riguardo Pizzigati, *Fallimento del socio e tutela dei creditori*, Padova, 1996, p. 60). In tal senso anche App. Torino 30 luglio 2007, cit., p. 2220, che pur richiama l'orientamento risalente della Cassazione sull'ammissibilità del fallimento *implicito* della società (Cass., 6 dicembre 1996, n. 10889). In realtà nella fattispecie, anteriore peraltro alle riforme, si trattava del caso completamente diverso del fallimento di un soggetto nella sua qualità di socio di una società di fatto con altro soggetto in precedenza dichiarato fallito quale imprenditore individuale e la Suprema Corte ha ritenuto che il fallimento del secondo soggetto, essendo basato solo sulla qualità di socio di fatto del fallito e non di imprenditore individuale, non potrebbe che essere dichiarato ai sensi dell'art. 147 l. fall., secondo cui la sentenza che dichiara il fallimento della società con soci a responsabilità illimitata produce anche il fallimento di questi ultimi.

[65] La sentenza di fallimento in estensione, pur avendo una funzione integrativa (in senso lato) della sentenza originaria, dal punto di vista dei soggetti da dichiarare falliti, ha natura di provvedimento autonomo e distinto (tra le tante Cass., sez. un., 7 giugno 2002, n. 8257, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3082, riferita alla decorrenza del periodo sospetto per la revocatoria degli atti compiuti dal socio dichiarato fallito in estensione).

[66] Cass., 6 febbraio 2003, n. 1751; App. Bologna, 11 giugno 2008, cit., p. 1296. Sui profili processuali cfr. da ultimo Fabiani,

Né ancora – come si è visto – è allo stato immaginabile che ai sensi del quarto comma dell'art. 147 l. fall. dopo il fallimento di una società di persone regolare possa conseguirne il fallimento anche del socio di fatto/società di capitali[67], come testualmente escluso dal disposto del quinto comma del richiamato art. 147 l. fall.[68]. Quest'ultima disposizione prevede infatti che l'estensione del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili possa conseguire unicamente all'iniziale fallimento di un imprenditore individuale ed utilizza quindi un'espressione è riferita (e riferibile) soltanto all'imprenditore-persona fisica[69]. Di conseguenza non è possibile estendere il fallimento iniziale di una società di capitali ad una società di fatto, sia essa formata solo da società di capitali o anche da persone fisiche, anche perché, trattandosi di norma eccezionale[70], l'eventuale superamento in via interpretativa non può basarsi su un'applicazione meramente analogica[71].

Quindi ove si configuri una società sottostante all'attività d'impresa apparsa in un primo momento come gestita da un unico titolare, l'estensione del fallimento dovrà necessariamente passare attraverso il fallimento della società (di fatto od occulta) e solo come effetto di quest'ultimo – come nella sentenza in epigrafe – potrà essere estesa ai soci illimitatamente responsabili non falliti, anche non persone fisiche[72]. È evidente che anche nel caso del fallimento della supersocietà l'estensione non sarebbe l'effetto del superamento della personalità giuridica che resta intatta ed impenetrabile, ma la conseguenza di una mera eccezione tipologica, l'essere cioè socio illimitatamente responsabile di un certo tipo di società[73].

La norma insomma non si presta all'estensione al *dominus* (società o persona fisica) dell'insolvenza di società strumentali utilizzate in un gruppo verticale, ma tutt'al più all'estensione ad un gruppo orizzontale di società (socie tra loro ed eventualmente di persone fisiche) non soggetto a direzione e coordinamento.

Non va dimenticato, al riguardo, che nella società di fatto le partecipazioni ed i poteri di tutti i soci, anche se persone giuridiche, si presumono uguali, visto che le norme dettate in materia di società semplice prevedono esattamente questo in assenza di diverse previsioni contrattuali[74]. Ed occorre per tutti l'attività comune, l'effettiva partecipazione ai profitti ed alle perdite dei soggetti interessati, il vincolo di collaborazione tra i soci" (c.d. *affectio societatis*).

Ecco che anche la giurisprudenza favorevole alla configurabilità della super-società di fatto continua a

Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento del socio, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 429 s.

[67] Si è rilevato che, comunque rispetto alla fattispecie generale dell'"imprenditore occulto", la sub-fattispecie della "società occulta" presenta un importante elemento differenziale, correlato alla circostanza che il socio-prestanome, se gli altri soci non dovessero deliberare di somministrargli mezzi sufficienti per l'esercizio dell'impresa, non può fare leva – e dunque non possono avvalersene neppure i creditori in via surrogatoria o il curatore fallimentare – sull'*actio mandati contraria*, perché i rapporti in terni sono regolati dalle norme sulla società di fatto, non da quelli sul contratto di mandato (Rondinone, *Tecniche di coinvolgimento*, cit., p. 1073).

[68] Ed infatti con riguardo alla sentenza in commento, le ricorrenti censuravano il provvedimento di secondo grado sostenendo che la Corte territoriale avesse dichiarato il fallimento della società di fatto e dei suoi soci applicando analogicamente l'art. 147, comma 5, l. fall.

[69] Il quinto comma dell'art. 147 l. fall. recepisce – come sottolinea la *Relazione Ministeriale* – il noto orientamento giurisprudenziale in tema di società occulta, secondo cui la mancata esteriorizzazione della società non impedisce ai terzi di invocare la responsabilità anche della società occulta e degli altri soci, ove l'esistenza della stessa venga successivamente scoperta. Necessario e sufficiente a tal fine è che i terzi provino successivamente l'esistenza del contratto di società e che gli atti posti in essere in nome proprio siano comunque riferibili a tale società (al riguardo Cass., 10 febbraio 2006, n. 2975, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, p. 2; Cass., 26 marzo 1997, n. 2700, in *Fall.*, 1997, p. 1009; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1110, *ivi,* 1995).

[70] Una parte della giurisprudenza ha invece ritenuto applicabile l'art. 147, comma 5, l. fall. «anche all'ipotesi di società di fatto risultante dopo la dichiarazione di fallimento di una società di capitali»: App. Caltanissetta, 28 luglio 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, cit., 63; Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, cit., 392; Trib. Benevento, 5 luglio 2012, Pres. Est. Monteleone, *inedito*; Trib. Gela, 15 ottobre 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Prato, 10 novembre 2010, cit., p. 372; Trib. Vibo Valentia, 10 giugno 2011, cit., p. 656, Cfr. in tema anche Menti, *Fallisce un'altra* holding *personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto,* in *Fall.*, 2011, 10, p. 1237.

[71] App. Bologna, 11 giugno 2008, cit., 1294, che sottolinea come costituisca una precisa scelta del legislatore il differenziato trattamento offerto dal diritto societario e dell'impresa all'imprenditore persona fisica, alle società di persone ed, appunto, alle società di capitali. Sulla eccezionalità della norma cfr. pure Trib. Roma 28 novembre 2006, cit., p. 414.

[72] In questo senso cfr. già Fimmanò, *Il fallimento,* cit., p. 94; alla impostazione aderisce Restuccia, *Brevi note sul fallimento del socio illimitatamente responsabile: questioni superate e problemi ancora aperti*, in *Dir. fall,* 2010, I, p. 128; in tema cfr. pure App. Torino, 30 luglio 2007, cit., p. 2220, secondo cui non è perciò ammissibile istanza di estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili, senza previa o contestuale istanza di estensione del fallimento alla società occulta o apparente.

[73] Per poter dichiararne il fallimento si è affermato che sarebbe comunque necessario che vi sia sempre una "identità di impresa" (Rondinone, *Tecniche di coinvolgimento*, cit., p. 1045). Deve sussistere un'unica impresa tra quella della società occulta e quella del socio-imprenditore palese. In caso contrario, il fallimento dovrà essere dichiarato in via autonoma, nei rispetto dei requisiti soggettivi ed oggettivi di ciascuno (Dell'Osso, *La supersocietà di fatto (tra società di capitali) al vaglio della Corte costituzionale*, cit., p. 332).

[74] In particolare si tratta degli articoli 2253 comma 2, c.c., («Se i conferimenti non sono determinati, si presume che i soci siano obbligati a conferire, in parti eguali tra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale»), 2257, comma 1, c.c. («Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri») e 2263, comma 1, c.c. («Le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti. Se il valore dei conferimenti non è determinato dal contratto, esse si presumono eguali»).

confondere talora, nell'applicare la tecnica dell'estensione, l'*affectio societatis* tra persone fisiche e persone giuridiche, con l'abuso strumentale delle seconde da parte delle prime.

Il fallimento in estensione di società di capitali in quanto socie (tra loro od anche con persone fisiche) per *facta concludentia* di una super-società di fatto, pur sposando la tesi della Cassazione, riguarda fattispecie concrete in cui, almeno sul piano logico (se non su quello cronologico essendo possibile la contestualità), venga accertata prima l'insolvenza della super-società, visto che l'estensione ai soci-persone giuridiche è solo un effetto tipologico. Quindi non può mai avere alla base l'iniziativa di un curatore di una S.r.l. che tenta di risalire alla capogruppo dal basso.

Deve trattarsi viceversa del caso in cui il creditore dimostra che c'è un intero gruppo insolvente dove una o più S.r.l. partecipano e controllano una società di persone (la supersocietà di fatto).

Ma in questo caso come afferma la stessa recentissima citata Corte Costituzionale[75], i giudici di merito devono innanzitutto accertare la c.d. *affectio societatis* in grado di provare l'effettiva esistenza di una società occulta costituita con la partecipazione di S.r.l., e semmai della società originaria fallita.

Insomma tutto si fonda sull'accertamento dell'effettiva sussistenza dell'*affectio societatis* tra le persone giuridiche e non l'(ab)uso delle stesse, quali veicoli strumentali dominati da parte di persone fisiche (eventualmente in società-*holding di fatto* tra loro). Questa ultima ipotesi non potrebbe mai configurare l'eccezione tipologica di cui all'art. 147, comma 1, l. fall., ma sarebbe un *escamotage* diretto a costruire per analogia una *fictio*, che viceversa configura una situazione sanzionata dall'ordinamento in termini di responsabilità risarcitoria derivante da attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* contro l'interesse sociale delle persone giuridiche eterodirette ed abusate[76].

La Cassazione afferma però, nella recente sentenza richiamata in epigrafe, che «per lo più, nelle vicende concrete sussiste, all'opposto, proprio l'intento di collaborare e svolgere attività in comune» invece che l'abuso dell'attività di eterodirezione e coordinamento della capogruppo.

Orbene su questa considerazione dissentiamo in modo netto, se ci fosse *affectio societatis* – e non abuso strumentale – la *super-società* non dovrebbe mai agire *contro* l'interesse dei propri soci (persone giuridiche), cosa che invece accade *tipicamente*.

L'*affectio,* infatti, presuppone il perseguimento di un comune interesse sociale, e viceversa l'abuso del dominio sulla presunta socia utilizzata come strumento è proprio *una prova contraria* dell'esistenza di una *super-società* con soci persone giuridiche e costituisce *prova a favore* viceversa dell'esistenza di una *holding di fatto* che controlla in posizione di dominio le medesime persone giuridiche *abusate*.

Mentre l'abuso del dominio si concretizza nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse proprio od altrui, l'*affectio* anche per *facta concludentia* si manifesta nel perseguimento di un interesse comune. Il concetto è un sinonimo della "comunione di scopo" dei contratti plurilaterali associativi previsti dal codice civile del 1942[77].

E qui viene il punto davvero *dolente* della costruzione di certa giurisprudenza.

Ma davvero si può affermare nello schema più ricorrente che le società subornate, abusate e strumentalizzate pongano in essere *facta concludentia* che ne cristallizzano l'*affectio societatis* e quindi la partecipazione di fatto con chi ne abusa utilizzandole come mero strumento o "adoperandole come cosa propria", come avrebbe detto Walter Bigiavi[78]?

Non è forse vero l'esatto contrario?

Si legge nella sentenza in epigrafe che «gli elementi raccolti, nei provvedimenti impugnati di merito, confermano la prova piena della sussistenza del vincolo sociale, esistendo plurimi indizi della sussistenza di un'unica struttura economica associativa».

Ma si badi bene che ciò che avviene nella pratica configura una partecipazione della società di fatto alle società di capitali controllate ed abusate e non – viceversa – una la struttura associativa capovolta, dove è

[75] Corte Cost. n. 15 del 2016, Pres. Criscuolo, Rel. Morelli, cit., p. 3.

[76] Si vedano al riguardo ad esempio le fattispecie concrete esaminate da: Trib. Nola, 28 settembre 2011, in *ilfallimentarista.it*; App. Napoli, 24 gennaio 2012, in *ilfallimentarista.it*; Trib. Roma, 21 novembre 2011, in *il caso.it*; Trib. Venezia, 11 ottobre 2012, in *ilcaso.*it e in *il fallimentarista* con nota di Zorzi, *Fallimento della holding società di fatto sulla base di crediti risarcitori per abusiva attività di direzione e coordinamento*; Trib. Salerno, 11 giugno 2012, in *Dir. fall.* 2014, II, p. 514 s. con nota di Murino, *Brevi note sul fallimento della holding personale (persona fisica e società di fatto tra persone fisiche) e sugli incerti confini tra responsabilità civile ed impresa commerciale*; Trib. Parma, 13 marzo 2014, cit., p. 138 (che parla di società "*completamente asservite alle esclusive esigenze finanziarie e personali della famiglia*"). Analogamente Trib. Torre Annunziata, 9 maggio 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, con nota di Macchiarulo, *I presupposti di fallibilità di una holding società di fatto;* Trib. Pordenone, 13 giugno 2014 e Trib. Pordenone, 24 giugno 2014, inediti; App. Napoli, 1° agosto 2014, cit., p. 677; Trib. Roma, 19 dicembre 2012, in *ilcaso.it*; Trib. Milano, 4 febbraio 2016, in *il caso.it* (le ultime due sentenze riferite con il medesimo percorso all'*holder* persona fisica). Cass., 23 giugno 2015, n. 12979, cit., delinea una fattispecie in cui l'abuso delle controllate da parte della *holding* è realizzato mediante una ingerenza diretta dei soci come amministratori di fatto in uno schema in cui le due figure di *dominus* abusivo e gestore di fatto non sono alternative ma cumulative. Sullo schema più in generale delle società subornate mi permetto di rinviare a Fimmanò, *Abuso di direzione e coordinamento*, cit., p. 296 s.

[77] Così Bassi, *Il fallimento della società con soci a responsabilità limitata*, p. 32.

[78] Bigiavi, *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, cit., p. 623.

impossibile che le controllanti siano abusate dalla controllata e dove quindi l'estensione diventa – per così dire – "inversa".

La comunione di scopo, il vincolo di collaborazione tra i soci, il patrimonio e l'attività comune[79], l'effettiva partecipazione ai profitti ed alle perdite dei soggetti interessati, l'*affectio*[80] si concretizzerebbero per le s.r.l. – a seguire tale impostazione – paradossalmente nel fatto di farsi abusare nell'interesse esclusivo degli altri soci, persone fisiche, in una sorta di *societas leonina*[81] o di *affectio,* per così dire, masochista.

[79] Si è evidenziato che persino se ci si volesse limitare ad ammettere la configurabilità di una società di fatto fra la società di capitali fallita e uno o più soci "tiranni" nessuno dei quali eserciti anche una propria autonoma impresa, sarà stabilmente carente il requisito della formazione di un fondo comune, in quanto il patrimonio della persona giuridica non è giuridicamente suscettibile di confluire in via di fatto in un coacervo patrimoniale più ampio (Rondinone, *Tecniche di coinvolgimento*, cit., p. 1075).

[80] Trib. Milano, 30 settembre 2013, cit., p. 816 rileva che della supersocietà di fatto costituiscono elementi essenziali, nei rapporti interni tra le parti, l'accordo avente ad oggetto l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, il fondo comune costituito da conferimenti dei soci finalizzati all'esercizio dell'attività medesima, l'*affectio societatis*, cioè il vincolo di collaborazione in vista dell'esercizio dell'attività, l'alea comune dei guadagni e delle perdite, nonché, nei confronti dei terzi, l'esteriorizzazione del vincolo sociale, ossia l'idoneità della condotta complessiva di uno dei soci ad ingenerare all'esterno il ragionevole convincimento dell'esistenza della società (Cass., n. 4529 del 2008; Cass., n. 9250 del 2006; Cass., n. 12663 del 1998; Cass., n. 4089 del 2001; Cass., n. 1573 del 1984; Cass., n. 84 del 1991).

[81] La giurisprudenza di legittimità già da oltre un ventennio si è pronunciata in relazione al campo di estensione del divieto, imposto ai soci delle società, di assumere un patto tendente a restringere il rischio d'impresa, sancendo che il divieto sancito dall'art. 2265 c.c., valevole per ogni modello societario, è volto ad evitare non solo clausole statutarie, ma anche accordi parasociali che alterino tra i soci la ripartizione interna del rischio d'impresa, in modo tale che uno o più soci siano esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite e risultino in questo modo deresponsabilizzati rispetto all'esercizio prudente ed avveduto dei diritti sociali, o al contrario abbia solo gli svantaggi e le responsabilità derivanti dal vincolo sociale, in difformità all'interesse della società e all'obiettivo di salvaguardia. Il divieto in questione, in effetti, si basa sul principio per il quale è carattere essenziale di ogni società – qualunque ne sia il tipo e l'organizzazione – la partecipazione dei soci ai risultati dell'attività sociale, sicché un patto che «avesse la funzione essenziale di eludere il divieto dell'art. 2265 c.c. diverrebbe un negozio in frode alla legge non meritevole di autonoma tutela ed incorrente a sua volta nella previsione di nullità dell'articolo citato» (Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Società*, 1995, p. 178 ss., con nota di Baffi, *Il patto leonino nell'ambito di partecipazione a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 478, con nota di Ciaffi, *Finanziaria regionale e patto leonino*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1161, con nota di Tedeschi, *Sul divieto di patto leonino*, e in *Notariato*, 1995, p. 244, con nota di La Porta, *Patti parasociali e patto leonino*). Cfr. in tema anche Abriani, *Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, 1994; Sraffa, *Patto leonino e nullità del contratto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, p. 956 s.

Valentina Pappa Monteforte
Avvocato

Prelazione convenzionale. Tutela del prelazionario e limiti all'autonomia privata

abstract

The figure of first refusal expressed its deep transversal. This study deals with the issue of the admissibility of the recognition of a real protection in favor of prelazionario, in case of failure of preference, following the composition of the interests underlying the denial of so-called, redemption right of first refusal in the matrix voluntary, in common law, corporate, with brief references to the rules of succession.

keywords

Conventional preemption – Ratio *of the denial of the right of redemption is based on law* – *Protection of prelazionario* – *Private autonomy* – *Limits.*

abstract

Nell'ambito della prelazione di matrice convenzionale è ricorrente l'affermazione per cui essa, a differenza della prelazione legale, non è caratterizzata dal riconoscimento in favore del beneficiario del diritto di riscatto.

La trattazione che segue tenta di indagare la ratio che conduce ad una tale conclusione, cercando di evidenziare, con quali limiti, i privati possano – convenzionalmente – assicurare una forma di tutela reale al prelazionario.

I confini dell'autonomia privata restano di incerta definizione, stante la natura eterogenea dell'istituto prelazione, non solo nella contrapposizione – classica – tra prelazione di fonte legale e volontaria, ma anche rispetto alle specifiche discipline di diritto comune, societario e mortis causa.

parole chiave

Prelazione convenzionale – Ratio *della negazione del diritto di riscatto di fonte legale* – *Tutela del prelazionario* – *Autonomia privata* – *Limiti.*

sommario

1. Introduzione. – **2.** Patto di prelazione. Nozione e natura giuridica. – **2.1.** Termine. – **2.2.** Rapporti con il divieto di alienazione. – **3.** Effetti legali per il caso di inadempimento. – **3.1.** Autonomia privata e limiti alla configurabilità di una tutela reale del prelazionario. – **4.** *Focus* sulla prelazione societaria. Brevi cenni sugli interessi coinvolti nella introduzione della clausola di prelazione nelle società a base capitalistica. *Quorum* assembleari. – **4.1.** Efficacia reale della prelazione, sinonimo di inopponibilità. – **4.2.** Possibilità di un "riscatto" convenzionale nella s.p.a. e nella s.r.l. – **4.2.1.** Il riscatto convenzionale nelle s.p.a. Indicazioni pratiche. – **4.2.2.** Il riscatto convenzionale nelle s.r.l. Soluzioni operative. – **5.** Riflessi in materia successoria. Brevi cenni.

1. Introduzione

Non è revocabile in dubbio la conclusione per cui l'inottemperanza al diritto di prelazione, di matrice convenzionale, in qualsivoglia ambito inserita, non dia luogo al riconoscimento del diritto di riscatto, quale forma di tutela eccezionalmente riconosciuta dalla legge in ipotesi specifiche. Con le brevi note che seguono, previo tentativo di individuare i limiti dell'autonomia privata al riconoscimento di una tutela pseudo-reale al prelazionario pretermesso, si cercherà di comporre gli interessi sottesi alla negazione del riscatto di fonte legale, con quelli della tutela dell'avente diritto ad essere preferito.

2. Patto di prelazione. Nozione e natura giuridica

Il codice civile manca di una nozione di patto di prelazione in senso tecnico. L'unica disposizione che disciplina il diritto di preferenza è dettata in materia di contratto di somministrazione, e precisamente in seno all'art. 1566 c.c[1].

Dalla lettura della norma citata, mediante un'interpretazione estensiva del contenuto della stessa, è possibile affermare che il patto di prelazione si configura quale accordo di natura obbligatoria, mediante il quale una parte si obbliga a preferire l'altra nella conclusione di un successivo contratto, a parità di condizioni.

La conclusione del patto *de quo* è manifestazione del principio di autonomia privata, a tutela di aspetti tutti privatistici. Erronea, infatti, appare la possibilità di configurare una categoria unitaria delle prelazioni, accomunando il diritto di preferenza di fonte legale a quello di matrice prettamente volontaria. Da qui, l'os-

[1] Corrado, Somministrazione (voce), in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, VII, Torino, 1963, pp. 178 ss.; Mirabelli, *Somministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, I, 1993, pp. 1 ss., secondo il quale sarebbe preferibile considerare l'articolo norma specifica, dettata in materia di contratto di somministrazione, ma suscettibile di applicazione estensiva ad ipotesi simili.

servazione secondo la quale sarebbe più corretto parlare di "prelazioni", così da sottolinearne la pluralità di fonti e, dunque, di interessi tutelati[2].

La natura giuridica del contratto in parola è profondamente discussa, tenendo conto dell'assenza di qualsiasi riferimento normativo, anche solo a voler leggere l'unica norma idonea a fornire cittadinanza alla fattispecie in esame.

Certo è che trattasi di un accordo con effetti meramente obbligatori, accostato alla figura del contratto preliminare unilaterale[3], al contratto di opzione[4], oppure qualificato come contratto autonomo, non inquadrabile in alcuno degli schemi negoziali tipici[5].

Secondo i sostenitori della tesi per cui tale accordo sarebbe ascrivibile in seno al patto di opzione di compravendita, di cui all'art. 1331 c.c., l'avente diritto alla preferenza al fine di esercitare la facoltà lui conferita, dovrebbe esercitare l'opzione di acquisto, con ciò provocando una coincidenza tra il momento dell'esercizio del diritto di prelazione con quello di opzione. Per quanto trattasi – in entrambi i casi – di diritti potestativi, affermare che le due fattispecie coincidono provocherebbe l'effetto di obbligare irrevocabilmente alla conclusione del contratto la parte promittente e – quanto al prelazionario – di "confondere" il momento dell'acquisto con quello dell'esercizio del diritto di essere preferito[6].

Non sorprende, neanche, il tentativo di qualificazione della prelazione convenzionale in termini di contratto preliminare unilaterale, considerando che – ad avviso di taluni – il preliminare in parola non sarebbe altro che un patto di opzione[7]. La ricostruzione suddetta precisa che trattasi di un preliminare unilaterale sottoposto alla condizione sospensiva potestativa della volontà dell'obbligato di determinarsi alla vendita.

Premesso che un primo argomento contrario a detto inquadramento potrebbe essere rappresentato dal rischio di incorrere nella nullità di cui art. 1355 c.c., dettato in materia di condizione sospensiva meramente potestativa[8], la motivazione principale – su cui si fonda la tesi contrapposta – è individuata nella conseguenza paradossale, derivante dall'adesione all'orientamento criticato, di dover identificare il momento di esercizio del diritto di preferenza con quello di inadempimento del contratto preliminare da parte del promittente venditore[9].

Inoltre, con il patto di prelazione l'unico vincolo posto in capo al soggetto obbligato alla preferenza viene individuato nella scelta dell'altro contraente e non nella effettiva conclusione del contratto con il medesimo, anche nel caso di positivo esercizio del diritto di preferenza. Ed infatti, secondo la opinione della dottrina dominante, l'esercizio della prelazione non genererebbe in capo all'obbligato il dovere di conclusione del contratto oggetto di interesse – né tanto meno – l'immediato perfezionamento del negozio in parola, per il solo effetto di una risposta positiva alla *denuntiatio*[10].

Tale ultima argomentazione funge da corollario ai fini della negazione di entrambe le tesi su-esposte.

Prevalente appare, pertanto, la ricostruzione per cui la prelazione è una figura dotata di autonomia

[2] E. Cesaro, *La prelazione in generale*, in *Le prelazioni*, Atti del II Convegno di Studi del Comitato Notarile Regionale della Campania, Napoli, 19-20 aprile 1985, Milano, 1985, pp. 16 ss.

[3] Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione.*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja-Branca, IV, Bologna, 1970, pp. 175 ss.; Coviello, *Contratto preliminare* (voce), in *Enc. Giur. It.*, III, Milano, 1902, p. 111; Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, XXIII, Milano, 1971, p. 63; Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu-Messineo, I, Milano, 1968, p. 499.
In giurisprudenza, Cass. 24 marzo 1998 n. 3091, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 647; Cass., 13 maggio 1982, n. 3009, in *Giur. civ.*, 1983, I, col. 3085; Cass., 26 luglio 1974, n. 2269, in *Giur. it. Mass.*, I, 1974, col. 624.

[4] Lordi, *Dei contratti speciali*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio - Finzi, II, parte I, Firenze, 1947, p. 93 nt. 1.
In giurisprudenza Cass. 15 febbraio 1944 n. 91, in *Giur. compl. cass. civ.*, XV, 1944, p. 67.

[5] Capozzi, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, p. 171; Santoro Passarelli, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 704; Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, artt. 1321-1352, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja-Branca, I, Bologna-Roma, 1970, p. 157; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.*, a cura di Cendon, IV, II, Torino, 1980, pp. 211-212; Perego, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, pp. 95 ss.; Gabrielli, *Prelazione* (patto di) (voce), in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, pp. 3-4; Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 130; Cass. n. 19928/2008, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. 12 aprile 1999 n. 3571, in *Riv. not.*,1999, p. 1283.

[6] Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., pp. 128 - 129; Rubino, *La compravendita*, cit., p. 63.

[7] Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 261.

[8] In tal caso, il confine tra potestatività mera e non della condizione risulta particolarmente evanescente

[9] Ed invero, solo nel caso di effettiva conclusione del contratto con il terzo, potrebbe intendersi definitivamente verificato l'evento dedotto ad oggetto della condizione sospensiva.

[10] La *denuntiatio* può essere definita come la comunicazione con cui il soggetto passivo del rapporto di preferenza, orientato alla conclusione del contratto oggetto del diritto di prelazione con un terzo, comunica al prelazionario le condizioni di tale accordo invitandolo ad esercitare la facoltà lui conferita, ove ne abbia interesse.
L'aspetto qui trattato, relativamente, alla natura giuridica della prelazione è intimamente connesso alla individuazione della natura giuridica della *denuntiatio*. Sul punto:
per alcuni essa rappresenterebbe una vera e propria proposta contrattuale. (Così, Giannattasio, *La Somministrazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, XXIV, Milano, 1974, p. 284; Cass., 12 marzo 1981, n. 1407, in *Giust. civ.*, I, 1981, p. 2048; Trib. Napoli, 21 gennaio 1995, in *Dir. e Giur.*, 1977, p. 276);
Per altri essa avrebbe natura di mero atto di interpello, con funzione meramente comunicativa (Così, Mirabelli, cit., p. 211; Id., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 332; Scognamiglio, cit., p. 158).

funzionale, non essendo riconducibile ad alcuno degli schemi negoziali sopra menzionati, avente per oggetto esclusivamente l'obbligo di una parte di preferire - a parità di condizioni - l'altra, nel caso in cui si orientasse alla conclusione di un determinato contratto con un terzo[11].

Tuttavia – come si tenterà di evidenziare successivamente – nulla esclude che le stessi parti, accanto al patto di prelazione, concludano un preliminare unilaterale avente per oggetto l'obbligo del soggetto tenuto alla preferenza ad alienare all'avente diritto di prelazione proprio quel bene oggetto del primo contratto, stipulato a monte[12].

Si ponga il seguente esempio:

Tizio e Caio formalizzano:

a) un primo contratto (di prelazione) mediante il quale Tizio si obbliga a preferire Caio, a parità di condizioni, nel caso di successiva vendita della piena proprietà del bene x;
b) un secondo contratto (preliminare unilaterale di vendita) mediante il quale lo stesso Tizio si obbliga a concludere un successivo contratto di vendita in favore di Caio, libero di addivenire o meno alla conclusione del definitivo, avente per oggetto il diritto di piena proprietà del medesimo bene considerato sub a).

Detto accordo, nella sua "complessità", esula dallo schema "proprio" della prelazione, tendendo esclusivamente a garantire l'avente diritto nel caso di mancato adempimento dell'obbligazione assunta, aggiungendo elementi estranei al patto di preferenza "tradizionalmente" inteso.

2.1. Termine

La disciplina del patto di preferenza, di cui all'art. 1566 c.c., unico referente normativo in merito alla prelazione di fonte convenzionale, limita la durata dello stesso ad un massimo di cinque anni, termine ritenuto tassativo e non rinnovabile[13].

La previsione di tale termine è giustificata, in *subiecta materia*, avendo riguardo alla regola desumibile dall'art. 2557 c.c., che prevede il quinquennio quale termine massimo di durata relativamente ai patti limitativi della concorrenza.

Come sopra evidenziato, la dottrina assimila la prelazione, quale figura generale, al patto di preferenza *ex* art. 1566 c.c., ma esclude qualsivoglia forma di identificazione automatica tra le due fattispecie, sottolineando la specialità delle regole dettate in materia di somministrazione.

Nasce così la questione in merito alla legittimità di un contratto di prelazione concluso senza limiti di tempo.

L'opinione giuridica che afferma la tesi positiva argomenta dalla mancata possibilità di estendere il limite di cui all'art. 1566 c.c., che trova la propria *ratio* esclusivamente alla luce della previsione di cui all'art. 2557 c.c., oltre la disciplina prevista per il contratto di somministrazione[14].

Altri, questa volta oltrepassando i confini normativi del contratto di somministrazione e volgendo l'attenzione alla disciplina di cui all'art. 1379 c.c. – dettata in materia di divieto di alienazione – negano ogni forma di assimilazione tra le due figure. Più precisamente, la *ratio* dell'art. 1379 c.c., fondata sulla logica della politica di compromesso tra autonomia privata e tutela dell'economia di mercato, non avrebbe ragion d'essere nel caso di specie: l'obbligato, infatti, qui sarebbe nella condizione di poter smobilitare la propria ricchezza, essendo tenuto esclusivamente a preferire nella alienazione un soggetto all'uopo individuato[15].

In realtà, potrebbe ritenersi che un limite temporale, almeno pari a cinque anni, in analogia alla previsione di cui all'art. 1566 c.c., dovrebbe essere previsto, argomentando dallo sfavore manifestato dal legislatore all'assunzione di obblighi perpetui, rinvenibile agli artt. 1566 e 1379 c.c.

2.2. Rapporti con il divieto di alienazione

Tentato il superamento della identificazione della disciplina della prelazione con quella del divieto di alienazione di cui all'art. 1379 c.c., quanto alla necessaria previsione di un termine di durata, appare ora necessario comprendere se una forma di simmetria tra i due istituti sia rinvenibile relativamente alla tutela della parte nel cui interesse sono conclusi i relativi patti.

L'art. 1379 c.c. stabilisce, anzitutto, la legittimità dell'accordo volto ad obbligare una parte a non alienare un determinato bene. La norma prosegue contemplando le specifiche caratteristiche di disciplina di una clausola siffatta, affermandone la legittimità esclusivamente in presenza di due presupposti: il primo di matrice soggettiva, individuato nell'interesse apprezzabile di una delle parti,[16] il secondo, di stampo oggettivo,

[11] Vedi nt. 5.

[12] Possibile è, altresì, la predisposizione di un preliminare bilaterale sottoposto alla condizione sospensiva dell'inadempimento dell'obbligo di preferenza, o di un patto di opzione sottoposto alla medesima condizione sospensiva.

[13] Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., p. 175 ss.

[14] Carresi, Il *contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu-Messineo, I, Milano, 1987, pp. 292-293.

[15] Rubino, *La compravendita*, cit., p. 66; Perego, *Effetti verso i terzi e durata dal patto di prelazione*, nota a Cass., 13 maggio 1982, n. 3009, in *Giust. civ.*, I, 1982, pp. 3087-3088; Romano, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1960, p. 127; D'Orazi Flavoni, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, pp. 227 ss.; Cass., 28 luglio 1983, n. 5213, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2270; Cass., 13 maggio 1982, n. 3009, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 3085.

[16] L'interesse che giustifica il patto può essere anche morale o affettivo, come pure indiretto, ossia nel caso in cui il patto giovi ad altro soggetto verso il quale l'obbligato si trovi in una situazione che giustifichi detto beneficio.

concernente la durata della limitazione che non potrebbe eccedere un limite di tempo testualmente definito come "apprezzabile"[17].

Controversa è la sanzione per il caso di mancata previsione del termine, ovvero di un termine eccessivamente lungo. Secondo un primo orientamento[18], il patto dovrebbe intendersi nullo per contrarietà a norma imperativa.

Non manca, tuttavia, chi ammette la possibilità del ricorso al giudice al fine della fissazione di un termine congruo[19].

La norma in commento prevede, infine, l'efficacia obbligatoria del patto, dalla cui violazione discende esclusivamente la possibilità di agire ai fini del risarcimento del danno; quest'ultimo è il punto di maggiore interesse ai fini della presente disamina[20].

In letteratura giuridica si esclude la legittimità di una previsione mediante la quale le parti riconoscano al soggetto "a favore" del quale è posto il divieto una tutela diversa da quella risarcitoria, tenendo conto che l'interesse di costui ha contenuto semplicemente negativo, concretizzandosi nella volontà a che l'altra parte non effettui alcuna dismissione del bene in oggetto[21]. Si sottolinea la imperatività della norma, allorquando viene sancita l'efficacia meramente obbligatoria del divieto, quale corollario del riconoscimento di una tutela meramente risarcitoria.

La conclusione cui giunge la dottrina citata è frutto di una lettura attenta, sensibile alle conseguenze derivanti dalla stipulazione di un patto siffatto, tali da non incidere esclusivamente su interessi privatistici e – dunque – disponibili per le parti, ma anche su profili di rilevanza pubblica e, più precisamente, sulla libera circolazione della ricchezza. La sanzione meno forte è, dunque, giustificata dalla volontà di non sacrificare eccessivamente tale ultimo aspetto.

Il rapporto tra divieto di alienazione e patto di prelazione ha dato luogo a molteplici questioni interpretative, ma non vi è dubbio dell'eterogeneità dell'oggetto dell'obbligazione assunta dal promittente in sede di accordo volto alla previsione di un divieto di alienazione, rispetto a quella caratterizzante il patto di prelazione. Nel primo caso, l'obbligo ha contenuto meramente negativo, traducendosi in un monito preclusivo della possibilità di disporre di un diritto; nell'ipotesi della prelazione, diversamente, il promittente è obbligato, in positivo, a preferire nella futura ed eventuale cessione un determinato soggetto, non essendo limitato oggettivamente alla disposizione di un proprio diritto.

Il perimetro applicativo delle due norme è sensibilmente diverso, più incisivo ai sensi dell'art. 1379, in quanto di carattere oggettivo, più blando nella prelazione, poiché di rilevanza prettamente soggettiva.

Lo *iussum* di "non alienare" di cui all'art. 1379 c.c., si traduce nell'obbligo di "non alienare ad altri" diversi dall'avente diritto di preferenza, nel caso della prelazione.

3. Effetti legali per il caso di inadempimento

L'affermazione secondo cui non è possibile operare una *reductio ad unitatem* della figura della prelazione, presentandosi opportuna una declinazione del termine al plurale, si presenta calzante allorché si proceda alla disamina delle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligazione assunta, nell'ottica della tutela dell'avente diritto ad essere preferito.

Il sillogismo per cui al riconoscimento del diritto di prelazione si accompagni, sempre, la previsione del diritto di riscattare il bene nei confronti del terzo acquirente è errato. Il riscatto, quale tutela dell'avente diritto ad essere preferito, è previsione eccezionale, riconosciuta espressamente dalla legge, solo in talune ipotesi di prelazione legale[22]. Ne consegue, l'impossibilità di affermare che alla prelazione convenzionale segua l'applicabilità del diritto di riscatto.

La scelta del Legislatore di ampliare il novero dei rimedi disponibili per il prelazionario, nel caso di mancata adempimento dell'obbligato, includendovi anche il diritto di riscattare il bene dal terzo trae fondamento da una duplicità di circostanze:

1) l'esistenza di interessi selezionati dalla legge e qualificati prevalenti rispetto alla libera circolazione della ricchezza;

Così, Zaccaria, *Il divieto di alienazione*, in *Commentario Breve c.c.*, a cura di Cian, Milano, 2011, pp. 1459-1460.

[17] Generalmente il termine viene determinato in 10 anni, in analogia a quanto era previsto dalla legge cd. Tupini – l. 2 luglio 1949, n. 408, art. 9 – (successivamente ridotto al quinquennio per effetto delle leggi 17 febbraio 1992, n. 179 e 28 gennaio 1994, n. 85) – in materia di cooperative edilizie, ovvero in anni cinque, in riferimento a quanto previsto in materia di patto di preferenza, *ex* art. 1566 c.c..

[18] Zaccaria, voce "*Il divieto di alienazione*", cit., p. 1460; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., p. 317; Rubino, *La compravendita*, cit., p. 621; Carusi, *Il Negozio giuridico notarile*, II, Milano 1994, p. 996; Capozzi, *Dei contratti in generale*, cit., p. 519.

[19] Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1965, p. 485; Sacco, *Il contratto*, in Tratt. Sacco, II, Torino, 2004, p. 107.

[20] Franzoni, *Degli effetti del contratto, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, artt. 1374-1381, in Comm. c.c., diretto da Schlesinger, II, Milano, 199, p. 421; Checchini, *Contratto e terzi*, in Tratt. Dir. priv., diretto da Bessone, XIII, 5, Torino, 2002, p. 328.

[21] Natale, *Il divieto di alienazione*, in *Tratt. Dir. succ. don.*, diretto da Bonilini, *La successione Testamentaria*, II, Milano, 2009, p. 772, il quale, più in particolare, ritiene illegittima la previsione in ambito testamentario di un divieto di alienazione accompagnato da una clausola di decadenza dall'attribuzione principale, nel caso di mancata ottemperanza al divieto.

[22] Così Cass., 18 luglio 2008, n. 19928, in *www.italgiure.giustizia.it*, secondo cui «La prelazione convenzionale ha efficacia obbligatoria; ne consegue che il mancato esercizio del diritto di prelazione non comporta la nullità degli atti compiuti e dei negozi posti in essere, ma dà diritto soltanto al risarcimento del danno per inadempimento». In tal senso anche Cass., 18 luglio 2002, n. 10435, in *www.italgiure.giustizia.it*.

2) l'opponibilità al terzo del diritto di prelazione e del collegato diritto di riscatto, poiché trattasi di ipotesi contemplate espressamente dalla legge.

Altresì errata è l'affermazione per cui in costanza di prelazione di fonte legale si riconosca sempre il diritto di riscatto. Non tutte le ipotesi di prelazione disciplinata dalla legge contemplano una tale tutela, come nel caso della prelazione prevista negli acquisti IACP[23].

Pertanto, assolutamente incontrovertibile è il dato secondo cui il diritto di riscatto non possa operare se non in costanza di una esplicita previsione normativa.

La *ratio* della eccezionalità del recupero reale dal terzo sta nella circostanza per cui il riconoscimento del riscatto, dovuto alla meritevolezza dell'interesse selezionato dal legislatore posto a fondamento della prelazione, rende meno agevole la collocazione sul mercato del bene. L'affidamento del terzo, in tale ipotesi, è – tuttavia – tutelato considerando che il diritto di recupero è consentito solo da una espressa previsione di legge, allo stesso – dunque – opponibile.

Tanto precisato, e restringendo il campo alla prelazione di matrice volontaria, occorre domandarsi se l'autonomia privata possa accompagnare il patto di prelazione da una tutela reale di fonte volontaria, mediante l'utilizzo di istituti contemplati dall'ordinamento che, uniti alla prelazione e modulati in un'ottica di tutela della parte da preferire, potrebbero piegarsi al fine qui considerato.

3.1. Autonomia privata e limiti alla configurabilità di una tutela reale

È necessario, anzitutto, ritrovare – sempre che esista – una norma di ordine pubblico che vieti un'ipotesi di asservimento di taluni istituti codicistici al patto di prelazione, di figure – cioè – che consentano al prelazionario pretermesso di recuperare il bene dal terzo, nel caso di inadempimento dell'obbligo di preferenza.

Si potrebbe, fin da subito, affermare – in senso contrario – che una tutela reale appare eccessiva rispetto al diritto riconosciuto convenzionalmente al preferito. Il patto di prelazione ha, infatti, per oggetto solo il diritto di essere preferito nell'acquisto, ma non l'acquisto del bene in senso tecnico.

L'eccedenza del mezzo rispetto al fine, tuttavia, non è così ovvia. Infatti, se è vero che ontologicamente distinti risultano essere i diritti (di preferenza e di acquisto in senso tecnico), è anche vero che – venendo meno la facoltà di esercitare il diritto – per il caso di inadempimento, viene meno in radice, anche, la possibilità di rendersi acquirente del bene, opzione implicitamente riconosciuta alla parte da preferire, nel caso di esercizio della facoltà lui conferita.

Ed invero, nel caso delle prelazioni legali, nelle sole ipotesi in cui la legge accompagna il diritto di essere preferito al riscatto, la prelazione viene considerata fortemente connessa all'acquisto, tant'è vero che risulta accordata tale forma di tutela reale nel caso di inadempimento.

Questo a dimostrazione del fatto per cui, se – da un lato – è innegabile che non sia possibile riconoscere unicità al fenomeno delle prelazioni, è parimenti incontrovertibile che il diritto all'acquisto sia – almeno – in potenza nella sfera giuridica dell'avente diritto.

Altro, poi, è affermare che la tutela reale consegua solo ad una esplicita scelta di campo del legislatore.

Non sembra esistente un divieto per la previsione di meccanismi contrattuali idonei a riconoscere una tutela reale anche nel caso della prelazione convenzionale, poiché non pare violarsi alcun principio di carattere generale. Va da sé, però, che i meccanismi da utilizzare per assecondare tale eventuale richiesta delle parti, dovranno essere idonei a rendere i terzi edotti della previsione e dovranno, altresì, calarsi nell'ambito della regola vigente in materia di trascrizione degli acquisti, come sancita dall'art. 2644 c.c.

Si potrebbe obiettare a tale conclusione, argomentando in analogia a quanto affermato in dottrina relativamente alla illegittima manipolazione dell'efficacia obbligatoria del divieto di cui all'art. 1379 c.c[24]. Ma detta considerazione, forse, proverebbe troppo. Come sopra ricordato, infatti, il divieto di alienazione ha confini ben più ampi del diritto di prelazione ed una tutela reale – nel primo caso – significherebbe, di fatto, paralizzare la circolazione dei beni. Nel caso della

[23] L'art. 28 della l. 8 agosto 1977, n. 513 dispone la prelazione in favore dell'ente pubblico edilizio in caso di vendita del bene dopo dieci anni. La disposizione in parola, al comma 8, recita testualmente, che «Per un periodo di dieci anni dalla data di stipulazione del contratto e comunque fino a quando non sia stato pagato l'intero prezzo, l'alloggio acquistato non può essere alienato a nessun titolo né su di esso può costituirsi alcun diritto reale di godimento».
Il comma 9 poi stabilisce che qualora il prezzo sia stato interamente pagato e siano trascorsi dieci anni opera la prelazione in favore dell'IACP, più precisamente «in tal caso l'assegnatario deve darne comunicazione al competente IACP, il quale potrà esercitare, entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione, il diritto di prelazione all'acquisto per un prezzo pari a quello di cessione rivalutato sulla base della variazione accertata dall'ISTAT dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati».
Tale prelazione presenta, dunque, le seguenti caratteristiche:
a) l'applicazione soltanto per la prima rivendita;
b) l'inesistenza del requisito della "parità di condizioni" per l'acquisto da parte dell'IACP;
c) la nullità delle pattuizioni stipulate in contrasto con la norma;
d) l'inesistenza del diritto di retratto.
Il quadro normativo, tuttavia, si presenta più complesso e composito, considerando che il settore dell'edilizia residenziale pubblica, finalizzato alla costruzione di immobili tali da soddisfare le esigenze dei cittadini meno abbienti, è oggetto di concorrente disciplina regionale. Ulteriori indicazioni, alla luce dei delicati rapporti tra potestà legislativa statale e regionale e del principio espresso dell'art. 117, comma 1, lett. l) della Costituzione, in Giova, *"Ordinamento civile" e diritto privato regionale. Un difficile equilibrio nell'unitarietà del sistema*, Napoli-Roma, 2008.

[24] Natale, cit., p. 772.

prelazione, diversamente, tale rischio non potrebbe mai compiersi, nel senso che l'unico onere imposto al promittente risulta essere quello di preferire l'avente diritto.

La matrice soggettiva dell'obbligazione in questione, come riconoscimento esplicito di un diritto potestativo in capo ad una parte, potrebbe giustificare la fruizione di meccanismi contrattuali tali da consentire al prelazionario di riscattare il bene dal terzo nel caso di inadempimento.

Molteplici sarebbero le figure che potrebbero prestarsi all'attuazione del fine qui considerato. Solo per esemplificazione, le principali:

A) Vendita con patto di riscatto

Si potrebbe immaginare il caso in cui le parti addivengano alla conclusione di una vendita con patto di riscatto – seguita da un accordo mediante il quale l'acquirente si obblighi a preferire il venditore nel caso di successiva alienazione dello stesso bene – in cui il diritto di riscatto è sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligo di preferenza.

La fattispecie è la seguente:

a) Tizio vende a Caio la proprietà del bene x;
b) nel contratto si prevede che Caio è tenuto a preferire Tizio nell'ipotesi di successiva alienazione del bene acquistato a parità di condizioni;
c) Tizio – nella vendita di cui alla precedente lett. a) – si riserva il diritto di riscattare la proprietà del bene venduto, alla condizione sospensiva del mancato adempimento dell'obbligo di preferenza da parte dell'acquirente Caio.

La disciplina di cui agli artt. 1500 ss. c.c. considera il caso della vendita accompagnata dal patto di riscatto, qualificato dai più come potere di revoca del contratto riconosciuto alla parte venditrice, con effetti retroattivi, salvi i diritti di cui all'art. 1505 c.c.[25]

In un caso siffatto, in ottemperanza a quanto prescritto dall'art. 1504 c.c., pur in presenza delle limitazioni di cui all'art. 2653 n. 3) c.c., il venditore/prelazionario ben potrebbe – nel caso d'inadempimento della prelazione – recuperare il bene dal terzo, esercitando il diritto di riscatto.

B) Preliminare unilaterale di vendita, sottoposto alla condizione sospensiva dell'inadempimento dell'obbligo di preferenza

Ove al patto di prelazione si accompagni un contratto preliminare unilaterale di vendita (con obbligo di addivenire alla conclusione del definitivo in capo alla sola parte obbligata alla preferenza) sottoposto alla condizione sospensiva dell'inadempimento di tale obbligo, il titolare del diritto ad essere preferito avrebbe la possibilità di recuperare il bene dal terzo, servendosi dell'effetto della trascrizione di cui all'art. 2645-*bis* c.c.

È il caso in cui Tizio e Caio stipulano:

a) un patto mediante il quale Tizio si obbliga a preferire Caio, a parità di condizioni, nel caso di (successivo) trasferimento della proprietà del bene x;
b) un contratto preliminare unilaterale di compravendita della proprietà del medesimo bene x, mediante il quale il solo Tizio è obbligato alla conclusione del definitivo, mentre Caio è libero di determinarsi o meno all'acquisto, sottoposto alla condizione sospensiva del mancato adempimento dell'obbligo di preferenza di cui alla lett. a).

È evidente che l'autonomia privata qui non interviene per snaturare la prelazione, considerando che la tutela reale deriva dall'applicazione di istituti diversi dal patto di preferenza. Tuttavia, attraverso il collegamento negoziale evidenziato, il beneficiario ben potrebbe ottenere una tutela reale nel caso di mancata ottemperanza all'obbligo di essere preferito, sebbene in via mediata.

4. *Focus* sulla prelazione societaria. Brevi cenni sugli interessi coinvolti nella introduzione di una clausola di prelazione nelle società a base capitalistica. Quorum assembleari

Gli artt. 2355 e 2469, I comma c.c., rispettivamente dettati in materia di s.p.a. e di s.r.l., sanciscono il principio della libera circolazione delle partecipazioni sociali.

Tale regola è – tuttavia – derogabile. Ed infatti le disposizioni di cui agli artt. 2355-*bis* e 2469, comma 2, consentono che lo statuto contempli limiti per la circolazione delle azioni o quote.

In nessuna delle due norme sopra citate si fa espresso riferimento all'introduzione di clausole di prelazione, ma la genericità della locuzione "limiti alla circolazione" consente di concludere positivamente sul punto.

L'inserimento di una clausola di preferenza in favore dei soci, per il caso di una futura cessione a terzi delle partecipazioni, si colora di un particolare contenuto, tipicamente societario, identificabile nella volontà di mantenere invariata l'originaria compagine sociale, anche nell'ottica di un più agevole funzionamento dell'ente, che potrebbe essere minato nel caso di subingresso – incontrollato – di terzi estranei. Innegabile è, altresì, l'effetto che si produce nella sfera giuridica dei singoli soci, limitati nella scelta della parte cessionaria[26]. In merito a detta ultima considerazione,

[25] Per tutti, Cillo, D'Amato, Tavani, *Dei singoli contratti*, I, Milano, 2005, pp. 152 ss.

[26] Prima della riforma del 2003 con effetti diretti in materia di s.p.a., infatti, la portata "ambivalente" della clausola di prelazione aveva portato parte autorevole della dottrina a concludere che essa potesse essere introdotta e rimossa dallo statuto sociale unicamente con il consenso unanime dei soci. Più precisamente, Angelici, *Clausola di prelazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, II, Torino, 1991, pp. 190 ss., osservava che «[…] essenziale per la clausola di prelazione è in ogni caso il suo rilievo contrattuale; con la conseguenza che la sua introduzione richiede un fatto idoneo ad assumere tale rilievo, un fatto perciò contrattuale e non una semplice deliberazione

tuttavia, è da precisarsi che tale effetto è meramente indiretto, considerando che la previsione della prelazione è volta ad assicurare attuazione all'interesse della società, con un sacrificio della libertà individuale del socio, insito nella stessa volontà manifestata al tempo dell'ingresso in società[27].

Pertanto, non errata potrebbe essere la considerazione per cui l'inserimento della clausola in parola conferisce maggiore personalizzazione[28] della partecipazione sociale, anche in relazione alle società azionarie, per le quali – generalmente – non rileva la persona del socio.

Le ragioni che fungono da supporto ad una siffatta previsione statutaria manifestano, dunque, una rilevanza prettamente organizzativa. Da qui la possibilità di introdurre la clausola di prelazione in parola secondo la regola della maggioranza[29].

In tema di s.p.a., tuttavia, occorrono ulteriori precisazioni. La questione si complica poiché è necessario comparare la formulazione dell'art. 2355-*bis* c.c. con quanto disposto in materia di recesso *ex* art. 2437, comma 2, lett. b) nel caso della introduzione di vincoli alla circolazione della partecipazione azionaria, quale ipotesi di recesso legale, ma derogabile[30].

Premesso che non appare revocabile in dubbio la legittima previsione, per il caso in esame, di una causa di recesso convenzionale, ciò che qui preme esaminare è comprendere se – *sic et simpliciter* – il diritto di recesso (legale) spetti ai sensi di legge. A risposta positiva giunge la dottrina prevalente che, infatti, sottolinea la dicotomia "prelazione-recesso" almeno in materia di s.p.a.[31]

Ancorché innegabile appaia la identificazione di una tale conclusione con il tenore letterale della norma di riferimento, è anche vero che – forse – indagando la *ratio* del riconoscimento del diritto di recesso in favore dei soci, anche nel caso della introduzione di limiti al trasferimento azionario, si potrebbe giungere a diverse conclusioni, tutt'altro che scontate. Se, infatti, la previsione del diritto di *exit*, qui in oggetto, trae fondamento dall'impossibilità/inutilità di "imprigionare" un socio all'interno dell'ente, a tutela di una duplicità di interessi (tanto privatistici quanto societari)[32] nel caso della prelazione non si correrebbe mai il rischio di paralisi. Ciascuno dei soci potrebbe sempre determinarsi alla cessione delle azioni, l'unico limite esistente concernerebbe la individuazione della parte cessionaria.

Il trasferimento non appare discusso nell'*an*, ma esclusivamente nella scelta della controparte contrattuale.

Preme evidenziare, altresì, che un'interpretazione delle norme di carattere prettamente letterale, nel caso di specie, potrebbe condurre a conseguenze di non poco conto. Non si dimentichi che per la liquidazione della quota di partecipazione del socio recedente si potrebbe arrivare anche ad una riduzione del capitale, per la quale i creditori sociali vantano un diritto di opposizione *sui generis*, aggravato dalla circostanza che un eventuale accoglimento dello stesso potrebbe provocare lo scioglimento dell'ente, ai sensi dell'art. 2437-*quater*, comma 7, c.c.

Se da una parte è vero che la lettera della legge – in materia di recesso (*ex* art. 2437, comma 2, lett. b) – fa espresso riferimento alla introduzione di limiti alla circolazione (e la previsione di una clausola prelazione comporta l'imposizione di un limite), è anche vero che, analizzando la fattispecie dal punto di vista della tutela dell'interesse sociale, argomentare – per automatismi – sulla esistenza del binomio "maggioranza – recesso" non pare accettabile, tenendo conto delle conseguenze, tutt'altro che irrilevanti, che potrebbero discendere dall'esercizio del diritto di recesso, appena evidenziate.

assembleare di modifica dell'atto costitutivo».

[27] Sul punto le note pagine di Vighi, *I diritti individuali*, Parma, 1902, pp. 33 ss., secondo il quale «[…] i diritti che spettano agli azionisti in forza dello statuto non costituiscono già dei diritti concessi ad essi espressamente e direttamente, ma sono piuttosto l'effetto riflesso e il risultato necessario dell'organizzazione della società».

[28] Parla espressamente di "personalizzazione" Ferri, *Le società*, Tratt. Vassalli, III, Torino, 1987, pp. 486 ss.

[29] In tema di s.r.l. potrebbe legittimamente prevedersi il riconoscimento del diritto di preferenza in capo ad uno solo dei soci solo estendendo l'interpretazione dell'art. 2468, comma 3, c.c., oltre la lettera della norma. Come si dirà oltre, ciò non appare sicuramente precluso, ma in un'ipotesi siffatta la previsione in parola dovrebbe necessariamente essere disposta con il consenso unanime dei soci.
In materia di s.p.a. è meno agevole l'approdo a questa conclusione, in virtù della insensibilità delle regole normative governanti tale tipo sociale rispetto alla persona del singolo azionista, salve specifiche norme che potrebbero indurre ad affermare una forma di rivalutazione della persona del singolo socio (si pensi alle previsioni in materia di voto cd. "a scalare" ovvero di un'attribuzione di azioni non proporzionali ai conferimenti, ai sensi degli artt. 2351, comma 3, ultima parte e 2346, comma 4, ultima parte). Tuttavia, l'introduzione di una clausola di prelazione limitata alla cessione delle azioni da parte di un solo socio, potrebbe trovare applicazione mediante la creazione di una categoria azionaria caratterizzata da tale limitazione, considerando che l'art. 2348 c.c. e le disposizioni ad esso successive non contengono una elencazione tassativa delle categorie azionarie.

[30] Il Legislatore della riforma nella previsione del connubio tra maggioranza-recesso, sembra, almeno in parte, considerare le perplessità di quella parte della dottrina – sopracitata – che argomentava per la necessità del consenso unanime dei soci, tanto per la introduzione della prelazione quanto per le modifiche statutarie ad essa inerenti.

[31] Angelici, *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, I, 2009, pp. 403 ss.; Avagliano, *Le clausole che limitano o escludono la circolazione di azioni e di partecipazioni: tra norme statutarie patti parasociali*, in *Le acquisizioni societarie*, diretto da Irrera, Bologna, 2011, pp. 355 ss.

[32] Invero, il recesso rappresenta una forma di mitigazione della regola della maggioranza, attribuendo il diritto all'assente o dissenziente al disinvestimento della propria partecipazione, a beneficio anche degli equilibri endo-societari, considerando che il dissenso del singolo potrebbe ostruire il funzionamento dell'ente, fino – addirittura – a condurre la società in stato di scioglimento, *ex* art. 2484 c.c.

In materia di s.r.l. – diversamente – non esiste alcuna disciplina che, in qualche modo, riecheggi il 2437, comma 2, lett. b). Da ciò si potrebbe concludere più agevolmente per una introduzione della clausola di prelazione nello statuto/atto costitutivo di una s.r.l. a maggioranza, senza il riconoscimento del diritto di recesso, salvo che esso non sia stato espressamente previsto[33].

4.1. Efficacia reale della prelazione statutaria, sinonimo di inopponibilità

Sempre più ricorrente è l'affermazione per cui l'alienazione delle partecipazioni avvenuta in dispregio della clausola di prelazione sia inopponibile alla società[34].

È bene precisare che tale sanzione opera nel solo caso in cui la prelazione risulti dall'atto costitutivo o dallo statuto, poiché esclusivamente in tali ipotesi l'affidamento del terzo acquirente potrebbe dirsi tutelato dalla pubblicità nel Registro delle Imprese della relativa limitazione alla circolazione delle azioni o quote[35].

La sanzione dell'inopponibilità rappresenta – forse – il punto di approdo definitivo di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla sorte della alienazione in violazione della clausola di preferenza.

Invero, in passato non mancavano opinioni che concludevano per la nullità della cessione in favore del terzo[36].

Il riconoscimento di una tale sanzione è stato ritenuto, però, eccessivo. Più precisamente, si è sottolineato che la nullità apparirebbe:

- ingiustificata, considerando l'inesistenza di una norma imperativa volta alla previsione del diritto di preferenza;
- sproporzionata, poiché non è detto che i soci abbiano interesse all'esercizio del diritto loro riconosciuto;
- inidonea a fornire effettiva tutela al soggetto leso, che – stante la sanzione della nullità – non potrebbe in alcun modo rendersi acquirente della partecipazione ceduta.

Da qui, l'inopponibilità quale conseguenza coerente con la *ratio* dell'inserimento della prelazione in seno allo statuto/atto costitutivo, in ossequio al principio dell'affidamento del terzo, che si tenta di "responsabilizzare" relativamente alle vicende concernenti la cessione avvenuta in inottemperanza della clausola limitativa.

Dal punto di vista concreto, la cessione in dispregio recherà con sé le seguenti conseguenze:

- unico abilitato all'esercizio dei diritti sociali sarà il (socio) cedente[37];

[33] Invero, il recesso rappresenta una forma di mitigazione della regola della maggioranza, attribuendo il diritto all'assente o dissenziente al disinvestimento della propria partecipazione, a beneficio anche degli equilibri endo-societari, considerando che il dissenso del singolo potrebbe ostruire il funzionamento dell'ente, fino – addirittura – a condurre la società in stato di scioglimento, *ex* art. 2484 c.c.
Relativamente alla possibile introduzione della prelazione nell'atto costitutivo della s.r.l., senza il riconoscimento del diritto di *exit* per gli assenti o dissenzienti, si segnala l'opinione del Consiglio Notarile di Milano, Massima 31, in *www.consigionotariledimilano.it*, secondo cui «La clausola statutaria che limita ovvero impedisce il trasferimento di partecipazioni di s.r.l. può essere introdotta o rimossa, solo se lo statuto non prevede diversamente, con il quorum deliberativo che lo statuto stesso – ovvero, in mancanza, la legge – genericamente dispone per le modifiche statutarie. Le deliberazioni assembleari che introducono o rimuovono dallo statuto di s.r.l. vincoli alla circolazione delle partecipazioni non determinano il diritto di recedere, ferma restando la spettanza del diritto stesso per i casi disciplinati all'art. 2469, comma 2, c.c.».

[34] Cass. 2 dicembre 2015 n. 24559; Cass. n. 7003/2015; Cass. 3 giugno 2014, n. 12370; Cass., 23 luglio 2012, n. 12797; Cass. n. 25268/2010, in *www.italgiure.giustizia.it*; Trib. Milano, 17 dicembre 2012, ord.; Trib. Milano, 26 febbraio 2015 e 13 novembre 2015, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Napoli, 3 dicembre 2013, in *Le Società*, 2015, pp. 50 ss., secondo cui «La clausola di prelazione contenuta nell'atto costitutivo di una società a responsabilità illimitata non può essere ritenuta alla stregua di un preliminare unilaterale sospensivamente condizionato, sicché la relativa violazione non dà diritto ad una pronuncia costitutiva in luogo dell'adempimento del promittente».
Più precisamente, la Suprema Corte, con la pronuncia del 23 luglio 2012 n. 12797, ha affermato che «Il patto di prelazione inserito nello statuto di una società di capitali ed avente ad oggetto l'acquisto delle azioni sociali, poiché è preordinato a garantire un particolare assetto proprietario, ha efficacia reale e, nel caso di violazione è opponibile anche al terzo acquirente». Nella controversia esaminata dai Giudici di Piazza Cavour il ricorrente aveva domandato la declaratoria di nullità del trasferimento avvenuto in violazione della clausola di prelazione.

[35] Ove, invece, la prelazione risulti oggetto di pattuizioni relegate all'area del parasociale, il terzo acquirente non potrebbe vedersi rifiutata la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, ai sensi degli artt. 2355 e 2470 c.c. La impossibilità di opporre tale limitazione al cessionario comporta, infatti, la sola evenienza per i soci di agire nei confronti dell'inadempiente mediante azione di risarcimento danni.

[36] Sul punto, Cass., 20 ottobre 1973, n. 2673, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2963; Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, in *Giur. it.*, 1958, I, p. 548.

[37] Quanto detto è pienamente vero relativamente alla s.p.a. – ai sensi dell'art. 2355 c.c. – in cui è previsto il libro soci, funzionale a garantire una signoria della società in merito alla individuazione dei soggetti legittimati all'esercizio dei diritti sociali, consentendo agli amministratori un controllo di regolarità del titolo di trasferimento. In tema di s.r.l. la situazione è parzialmente diversa, considerando le modifiche apportate all'art. 2470 c.c. dalla l. 28 gennaio 2009 n. 2 – con contestuale soppressione del libro soci *ex* art. 2478 c.c. – secondo cui la legittimazione è conseguenza del mero deposito dell'atto di acquisto nel Registro delle Imprese. Da qui, dunque, è necessario coordinare le conseguenze in tema d'inopponibilità della cessione avvenuta in dispregio della clausola di prelazione, con la possibile acquisita legittimazione (formale) dalla parte cessionaria, quale mera conseguenza del solo deposito dell'atto di trasferimento. Se infatti, in un'ipotesi fisiologica, dal deposito discenderebbe l'acquisto dello *status socii* con ogni conseguenza da ciò derivante in ordine alla legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, nel caso in cui lo statuto prevedesse una clausola di prelazione, il cessionario, ancorché astrattamente legittimato, non potrebbe dirsi ammesso concretamente ad acquisire la qualificazione di socio. Ed infatti, ove si ragionasse diversamente, dovrebbe concludersi per l'inop-

- piena validità ed efficacia della alienazione tra le parti, cedente e cessionaria.

È bene sottolineare che discorrere di efficacia reale della prelazione non significa attribuire ai soci la possibilità di esercitare il diritto di riscatto verso il terzo acquirente. Come più volte sottolineato, il diritto in parola – in quanto eccezionalmente riconosciuto dal Legislatore in alcune ipotesi specifiche – si presenta come rimedio speciale non suscettibile di trovare applicazione automatica per la semplice previsione della prelazione[38].

ponibilità della cessione effettuata in violazione della prelazione sociale solo nell'ipotesi di s.p.a., in cui esiste ancora un controllo esercitabile dagli amministratori, e non in materia di s.r.l., nelle quali non esiste alcun tipo di partecipazione attiva della società in merito all'aggiornamento della mutata compagine sociale. Cfr. Massima I.L.1, Com. Not., cit., secondo cui «La cessione di partecipazioni avvenuta in violazione degli eventuali limiti statutari al suo libero trasferimento è inefficace, pertanto la stessa non legittima l'esercizio dei diritti sociali da parte del cessionario, ancorché depositata nel registro imprese, ai sensi dell'art. 2470, comma 1, c.c. In ciò nulla è cambiato rispetto al sistema previgente la novella, in quanto anche in vigenza della vecchia disposizione […] l'eventuale illegittima iscrizione al libro soci di un atto di cessione di partecipazione, avvenuto in violazione del limiti statutari non legittimava l'esercizio dei diritti sociali».

Tanto premesso in termini generali, occorre chiedersi se possa ammettersi una deroga al disposto di cui all'art. 2470, comma 1, c.c., nel senso di ancorare l'acquisto dello *status* di socio ad un momento diverso da quello individuato dal Legislatore.

Sul punto, si segnala l'opinione contraria della giurisprudenza che ha sanzionato – a più riprese – con la nullità una clausola di statuto che ancorava l'efficacia del trasferimento delle partecipazioni sociali al tempo dell'iscrizione nel libro soci. Così Trib. Roma, 15 gennaio 2015, n. 72180, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Verona, 14 settembre 2009, in *Giur. Merito*, 2010, pp. 1864 ss., che hanno escluso la possibilità di «[…] subordinare all'iscrizione nel libro soci, volontariamente istituito e tenuto dall'amministratore, l'efficacia, di fronte alla società, dell'atto di trasferimento di partecipazioni sociali». Per la tesi negativa, in dottrina, Donativi, *Dal libro dei soci al registro delle imprese: profili sistematici*, in *Le Società*, 2009, pp. 1351 ss.; Massima I.B.7, *Com. Not. Triv.*, cit., secondo la quale: «Non si ritiene possibile, in forza del disposto dell'art. 2479 c.c., quinto comma, prevedere nella s.r.l. limitazioni al diritto voto diverse da quelle previste dalla legge. Non è, quindi, possibile subordinare l'esercizio di tale diritto al decorso di un termine dall'iscrizione nel libro soci».

Di contrario avviso coloro i quali sostengono che il deposito nel Registro Imprese costituisce, esclusivamente, il momento prima del quale non sia possibile far decorrere gli effetti del trasferimento, risultando – invece – possibile prevedere decorrenze successive. Così Consiglio Notarile Milano, Massima 115, Clausole statutarie sul libro dei soci nella s.r.l. dopo il 29 novembre 2008 n. 185, cit., per cui «[…] Sono valide ed efficaci le clausole statutarie che, pur dopo l'abolizione dell'obbligo di tenuta del libro dei soci nella s.r.l., subordinano l'efficacia delle cessioni di quote nei confronti della società e la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali alla iscrizione nel libro soci facoltativamente istituito o mantenuto, ferma restando la necessità di previamente assolvere all'obbligo del deposito nel Registro Imprese di cui all'art. 2740 c.c.».

[38] Così Cass., 18 luglio 2008, n. 19928, in *www.italgiure.giustizia.it*; Trib. Milano, 26 febbraio, ord., cit.; Trib. Milano, 10 marzo 2013, ord. – Trib. Milano, 17 dicembre 2012, ord., in *www.giustiziadelleimprese.it*; Trib. Busto Arsizio, 9 marzo 2012, in *Le Società*, V, 2012, p. 580; Trib. Brindisi, 17 marzo 2006, in *Le Società*, 2007, p. 1513; Trib. Verona, 20 ottobre 2006, in *De Jure* 2007; Trib. Catania, 20 novembre 2002, in *Le Società*, 2003, p. 597. Più precisamente, secondo Trib. Milano, 10 maggio 2013, cit., la possibilità di una automatica operatività del riscatto sarebbe preclusa «...poiché il diritto di riscatto costituisce un così intenso limite all'autonomia contrattuale ed al principio generale di cui all'art. 1379 c.c. che non può ravvisarsi in ipotesi diverse da quella di prelazione legale in tal senso espressamente regolate dalla legge».

In senso contrario e per la possibilità di esercizio del riscatto, Santoro Passarelli, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., pp. 697 ss.; Nigro, *Sull'efficacia della prelazione nello statuto di una società a responsabilità limitata*, in *Dir. Fall.*, 1992, II, p. 610; Erede, *Clausole di prelazione sociale e parasociale: tipi ed effetti*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, 1993, p. 243; Colucci, *Efficacia reale della clausola statutaria di prelazione e conseguenze della sua violazione*, in *Giur. comm.*, 1994, pp. 709 ss.; Cass., 16 ottobre 1959 n. 2881, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1757.

In termini parzialmente diversi, Meli, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991, pp. 174 ss., che esclude la possibilità di un riscatto in senso proprio, ma ammette l'applicazione dell'art. 2932 c.c.

[39] Sul punto si segnala Trib. Milano, ord., 26 febbraio 2015, cit., che, in un *obiter dictum*, pare affermare la ammissibilità della previsione del diritto di riscatto in capo ai soci, nel caso di violazione della clausola di prelazione, pur circostanziando la previsione nei limiti previsti dall'art. 1379 c.c. Nell'ordinanza in parola, infatti, i giudici meneghini, precisando cosa debba intendersi per efficacia reale della prelazione, affermano che l'inserimento della previsione in seno allo statuto «… comporta di per sé l'opponibilità *erga omnes* della clausola, ma… non anche (salvo il caso di espressa previsione statutaria) nel senso della configurazione di un diritto del socio pretermesso di riscattare la partecipazione oggetto della cessione non preceduta da adeguata *denuntiatio*».

In dottrina, C. Caccavale - M. Caccavale, *Clausole statutarie di tutela contro le variazioni della compagine sociale di società partecipante*, in *Notariato*, 2008, pp. 162 ss., affrontano il tema in questione relativamente ai rapporti tra partecipata e partecipante. Ciò nell'ottica della tutela dei soci della società partecipata, nel caso di inserimento di limiti alla circolazione delle azioni o quote in seno alla statuto della partecipata e modifiche soggettive interne alla compagine della partecipante. La conclusione è la seguente: «[…] sembra che la modifica della compagine sociale della società partecipante, ben possa essere prevista nello statuto quale circostanza che giustifichi il riscatto, nei limiti di legge, da parte della società o dei soci».

4.2. Possibilità del "riscatto" convenzionale nella s.p.a. e nella s.r.l.

Nei paragrafi precedenti si è tentato di evidenziare come l'autonomia privata possa intervenire arricchendo la prelazione di una tutela assimilabile, negli effetti, al diritto di riscatto. Non sembra, infatti, che esistano ragioni di ordine pubblico idonee a fondare conclusioni contrarie rispetto a tale assunto[39].

Tuttavia, data la specialità della disciplina societaria, i meccanismi funzionali al raggiungimento di un tale risultato non potrebbero che essere ricercati all'interno della normativa specificamente dettata in materia.

Si ravvisa, pertanto, la necessità di trattare separatamente i casi in cui la clausola afferisca alle s.p.a. oppure alle s.r.l., considerando i *discrimina* propri di ciascuno dei tipi sociali in rilievo.

4.2.1. Il riscatto convenzionale nelle s.p.a. Possibile soluzione operativa

In materia di s.p.a. potrebbe ipotizzarsi la soluzione della creazione ed emissione di azioni caratterizzate dal diritto di riscatto, *ex* art. 2437-*sexies* c.c., in favore della società ovvero dei soci[40].

Nulla, di fatto, impedisce che l'intero capitale sociale sia formato da titoli caratterizzati dal diritto in parola, prescindendosi dalle controversie circa la qualificazione giuridica delle azioni relative, se rientranti, sempre e comunque, in seno ad una specifica categoria azionaria[41].

Al fine di modulare il riscatto quale tutela specifica nel caso di violazione della clausola di prelazione, si dovrebbe ancorare la possibilità di esercizio del diritto *de quo* alla condizione sospensiva del mancato adempimento dell'obbligo di preferenza.

Questione di non poco conto è comprendere quale soggetto possa individuarsi come concreto "destinatario" del diritto di riscatto, se il socio cedente ovvero il terzo acquirente.

Ferme le considerazioni per cui il contratto di cessione è valido, ancorché inopponibile alla società, e – di conseguenza – la clausola di preferenza efficace nei confronti del terzo, il diritto andrà esercitato nei confronti del cessionario, in quanto titolare (formale) delle azioni cedute in dispregio, ancorché non ammesso all'esercizio dei diritti sociali. Il recupero reale riguarderà la parte titolare della partecipazione ceduta in dispregio. Quest'ultima non potrà lamentare alcunché considerando che lo statuto – ed ogni previsione in esso contemplata – anche in merito alle modalità e condizioni di esercizio del diritto di riscatto, analogamente a quanto detto in materia di prelazione, sono a lui opponibili in quanto oggetto di pubblicità nel Registro Imprese.

Logicamente rimarranno fermi eventuali profili di responsabilità del cedente verso la parte acquirente.

4.2.2. Il riscatto convenzionale nelle s.r.l. Possibili soluzioni operative

In materia di s.r.l., la soluzione potrebbe essere duplice, e precisamente essere individuata:

a) nel riconoscimento del riscatto quale particolare diritto del socio, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c.;
b) nella previsione dell'inadempimento della prelazione quale giusta causa di esclusione, *ex* art. 2473-*bis* c.c.[42]

Quanto alla possibile identificazione del riscatto alla stregua di particolare diritto del socio, appare necessario analizzare la questione sotto due aspetti:

- il primo di matrice oggettiva, riguardante la compatibilità del riscatto con la lettera della legge, che – in tema di particolari diritti dei soci – ne limita il riconoscimento esclusivamente in materia di utili ed amministrazione;
- il secondo di matrice soggettiva, avente per oggetto la individuazione del beneficiario di tale diritto.

In merito al primo profilo, si sottolinea che il diritto di riscatto non può dirsi tecnicamente ricompreso in nessuna delle due categorie sopra evidenziate, non potendosi atteggiare a diritto tipicamente afferente all' amministrazione, ovvero alla distribuzione degli utili.

La colorazione causale dello stesso, finalizzato al mantenimento dei medesimi assetti societari, potrebbe dirsi ibrida, in *medias res* tra aspetti patrimoniali e concernenti l'amministrazione. E da ciò se ne potrebbe ricavare l'ammissibile inclusione nella categoria dei diritti particolari.

Esemplificando, infatti, nel caso di esercizio del diritto di riscatto, il socio in questione sicuramente acquisterebbe una posizione "maggiorata" in seno alla società, che si potrebbe individuare tanto nell'acquisizione di un peso più rilevante nell'ente collettivo (aspetto amministrativo), quanto nel proporzionale aumento della percentuale di utili allo stesso spettanti. Peraltro, non è nuova la questione circa la possibilità di ampliare i limiti contenutistici dei diritti particolari accordabili ai soci. Basti pensare alla nota problematica della riconoscibilità al socio di un voto non proporzionale alla partecipazione detenuta, previsione – di certo – non ascrivibile automaticamente in nessuna

[40] È necessario, tuttavia, ricordare che non vi è unanimità di vedute in dottrina quanto al caso dell'attribuzione del diritto di riscatto in favore dei soci. Da una parte, Corsi, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 139, per il quale l'art. 2437-*sexies* c.c. consente di emettere azioni caratterizzate dal diritto di riscatto, tanto in favore della società, quanto in favore dei soci; dall'altra Magliulo, *Le categorie di azioni e gli strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004, p. 113, secondo il quale «[…] la figura delle azioni riscattabili […] va nettamente distinta dall'ipotesi in cui il diritto di riscatto sia attribuito non già alla società, ma agli altri soci […], ciò che invece costituirebbe il *proprium* della cd. clausola di riscatto, svincolata dai limiti indicati dal citato articolo 2437-*sexies,* in quanto non coinvolge mai il patrimonio sociale».
Per tale ultimo orientamento, dunque, le azioni che riconoscono il diritto di riscatto in favore dei soci sarebbero quelle che attribuiscono al titolare delle azioni il potere di essere riscattate.

[41] F. Magliulo, Le categorie di azioni e gli strumenti finanziari nella nuova s.p.a., *cit.*, p. 114, secondo il quale "[…] l'art. 2437-*sexies,* laddove riferisce il fenomeno in esame a «azioni o categorie di azioni", prevede evidentemente sia l'ipotesi in cui il riscatto valga a connotare una determinata categoria di azioni, sia l'ipotesi in cui il riscatto sia ricollegabile in via generalizzata a tutte le azioni emesse».

[42] Sull'esclusione dalla s.r.l., Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2007, I, pp. 170 ss.; Busani, *La riforma della società s.r.l. – Il nuovo ordinamento dopo il D.Lgs. n. 6/2003*, Milano, 2003, pp. 386 ss.; Maltoni, *Il recesso e l'esclusione nella nuova s.r.l.*, in *Notariato*, 2003, pp. 314 ss.; V. Pappa Monteforte, *L'esclusione del socio nella "nuova" s.r.l.*, in *Notariato*, 2006, pp. 648 ss.
Più precisamente, ammettono tale meccanismo C. Caccavale - M. Caccavale, *Clausole statutarie di tutela contro le variazioni della compagine sociale di società partecipante*, cit., pp. 162 ss.

delle fattispecie delineate dalla norma[43].

Inoltre, la conclusione positiva raggiunta in tema di s.p.a. non potrebbe che condurre ad una risposta favorevole anche in materia di s.r.l., quale tipo sociale sicuramente più elastico rispetto a quello azionario, poiché più sensibile alla persona del singolo socio.

In merito all'aspetto soggettivo, la "peculiarità" – in senso stretto – del diritto di cui all'art. 2468, III comma c.c., in *re ipsa*, ne inibisce una forma di riconoscimento generalizzato all'intera compagine[44].

Va aggiunto che – analogamente – a quanto affermato in tema di s.p.a. il diritto di riscatto, in quanto opponibile al terzo acquirente, potrà essere esercitato nei confronti del cessionario.

Passando all'esame della soluzione proposta alla precedente lett. b), relativa alla possibile configurazione dell'inadempimento del socio quale causa di esclusione, ai sensi dell'art. 2473 bis c.c., si evidenzia che, stante la rilevanza organizzativa dell'introduzione nello statuto di una clausola di prelazione, non sembra possibile dubitare della legittimità dell'inquadramento dell'inadempimento del socio in seno ad un'ipotesi di "giusta causa" di esclusione.

Tale previsione statutaria dovrà ottemperare al requisito della specificità[45].

Profilo controverso riguarda l'individuazione del soggetto contro cui pronunciare l'esclusione, considerando che in questa ipotesi – diversamente da quelle esaminate in precedenza – il "riscatto" è effetto indiretto ed automatico, successivo alla pronuncia di esclusione, che potrà avere come destinatario il cedente ovvero verso il cessionario, a seconda di chi (anche solo formalmente) risulti socio al tempo della decisione:

- nel caso in cui l'atto costitutivo nulla prevedesse – e trovasse applicazione la disciplina di cui all'art. 2470, I comma, c.c. – il cessionario, legittimatosi (in senso formale) – secondo le prescrizioni di legge – risulterebbe il destinatario del provvedimento di esclusione;
- nell'ipotesi in cui – *a contrario* – la legittimazione fosse ancorata all'iscrizione nel libro soci (ove ritenuto possibile)[46], la sanzione non potrebbe che pronunciarsi verso il cedente, unico soggetto idoneo a poter vantare lo *status* di socio.

L'esclusione, di fatto, darebbe luogo ad una forma di "espansione" automatica delle singole quote di partecipazione in titolarità dei soci pretermessi, con una netta differenza rispetto alla soluzione prospettata in termini di riconoscimento di un diritto particolare al singolo socio, laddove, come segnalato, il vantaggio sarebbe solo del beneficiario del diritto in questione. Ed invero, mentre l'esclusione darebbe luogo ad un acquisto indiretto e proporzionale da parte degli altri soci della quota dell'escluso, ceduta in dispregio alla clausola di prelazione (mediante l'utilizzo del patrimonio netto dell'ente), nel caso del riscatto – configurato quale diritto particolare – l'aumento della partecipazione del prelazionario sarebbe giustificato dall'esborso di somme provenienti dal patrimonio di costui ed, in alcun modo, imputabili all'ente.

In merito alle conseguenze nella sfera giuridica del terzo, si ripropongono le medesime considerazioni circa l'opponibilità allo stesso di ognuna delle previsione contemplate in statuto. *Ergo* – in tale ipotesi – anche della causa di esclusione al vaglio.

5. Riflessi in materia successoria. Brevi cenni

Il tema affrontato mostra ogni sua rilevanza anche in ambito successorio.

Nulla quaestio circa la possibilità che il testatore preveda il riconoscimento del diritto di prelazione in favore di uno dei beneficiari per la futura alienazione di un bene attribuito ad altri, per testamento. Si pensi all'ipotesi in cui Tizio istituisca erede universale Caio e leghi a Sempronio il diritto di essere preferito nel caso della successiva vendita di uno dei beni ricompresi nel patrimonio ereditario.

Come affermato in dottrina, la volontà del disponente potrebbe trovare attuazione secondo due diverse modalità:

[43] Sul punto si ricordino le conclusioni del Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 39, 19 novembre 2004, in *www.consiglionotariledimilao.it* secondo cui – per ciò che qui rileva – «I particolari diritti che l'atto costitutivo di s.r.l. può attribuire a singoli soci, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., possono avere ad oggetto materie non strettamente riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili, cui espressamente si riferisce la norma, bensì ulteriori diritti doversi, dovendosi ritenere concessa all'autonomia negoziale, al pari di quanto dispone l'art. 2438 c.c. per le s.p.a., la facoltà di liberamente determinare il contenuto delle partecipazioni sociali, nei limiti imposti dalla legge».

[44] Si segnala la Massima I.I.9 del Com. not. triv., cit., secondo cui, ferma la impossibilità di creare categorie di quote, l'attribuzione dei diritti particolari potrebbe essere prevista a favore di soggetti appartenenti a categorie omogenee. Testualmente la massima richiamata afferma che: «La facoltà prevista dal 3° comma dell'art. 2468 c.c. di prevedere l'attribuzione di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzioni degli utili a singoli soci non autorizza la creazione di "categorie di quote" aventi diritti diversi; è comunque possibile attribuire diritti particolari:

1) a singoli soci individuati nominativamente;
2) a singoli soci individuati per appartenenza a categorie omogenee (ad esempio ai titolari di una determinata partecipazione di minoranza o di maggioranza, ai soci persone giuridiche, a residenti all'estero o in determinati comuni, a coloro che hanno compiuto una certa età o non l'hanno raggiunta, a cittadini di un determinato stato, e così via».

A conclusione diversa, invece, si potrebbe giungere ove ad operare fosse una start up innovativa costituita in forma di s.r.l. Ed infatti, in tal caso il d.l n. 179/2012, all'art. 26, commi 2 e 3, consente la creazione di categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle varie categorie anche in deroga a quanto previsto dall'art. 2468, commi 2 e 3, c.c.

[45] Sul punto, da ultimo Trib. Milano, 23 luglio 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

[46] Si rinvia alla nt. 37.

1) attraverso la predisposizione di un legato di contratto, con effetti meramente obbligatori. Si ipotizzi che il testatore Tizio, dell'esempio precedente, dopo aver istituito erede Caio, leghi a Sempronio il diritto di pretendere dall'erede la conclusione di un patto di prelazione, avente per oggetto il diritto ad essere preferito, a parità di condizioni, nel caso di vendita del bene x, ricompreso nell'asse.
2) Mediante il riconoscimento – in via diretta – della prelazione in favore del beneficiario, senza la necessità della predisposizione di un successivo patto da concludersi tra erede e legatario. È l'ipotesi in cui Tizio, dell'esempio precedente, dopo aver istituito erede Caio, leghi a Sempronio il diritto di essere preferito, a parità di condizioni, nel caso della futura vendita del bene x, ricompreso nell'asse.

Le due ipotesi si presentano notevolmente diverse[47]: nel caso *sub* 1), l'oggetto del legato è individuato nel diritto di Sempronio alla conclusione del patto di prelazione ed abbisogna, ai fini della esecuzione, di un successivo atto *inter vivos*, tra erede e legatario; nell'ipotesi *sub* 2), il legato ha per oggetto il diritto di prelazione, che trova la propria fonte direttamente nel testamento, senza che erede e legatario debbano compiere alcunché dopo l'apertura della successione.

Logicamente, ognuna di tali previsioni non potrà mai derogare alla disciplina di cui all'art. 732 c.c.

Il problema del riscatto di fonte convenzionale di matrice successoria riguarda, dunque, la traduzione in linea operativa del riconoscimento di tale facoltà mediante il testamento.

Le soluzioni pratiche che potrebbero adottarsi variano a seconda della determinazione del contenuto della volontà testamentaria. E precisamente:

A) Che il testatore intendesse beneficiare il legatario mediante l'attribuzione del diritto a pretendere dall'erede la conclusione di un contratto di prelazione per il caso della successiva cessione di un bene ricompreso nell'asse – come risultante dall'esempio di cui al n. 1) – il disponente potrebbe, altresì, ampliare l'oggetto del legato prevedendo per il beneficiario anche il diritto di pretendere dall'erede la conclusione di un altro negozio, ricompreso in una delle fattispecie delineate nel paragrafo 3.1., che assicuri al beneficiario il diritto di recuperare il bene alienato in dispregio del patto di preferenza. In questo caso, infatti, la questione sarebbe regolata, interamente dalla disciplina di diritto comune.
   Continuando nell'esempio di cui al n. 1), dunque, il testatore Tizio, potrebbe beneficiare Sempronio con un legato avente per oggetto il diritto di pretendere da Caio:
   - la conclusione di un patto di prelazione (nei termini di cui sopra);
   - ed altresì, di pretendere dall'erede la conclusione di un contratto preliminare unilaterale di compravendita, riguardante il medesimo bene relativamente al quale si concede la prelazione, avente per oggetto l'assunzione da parte del solo Caio dell'obbligo di addivenire alla conclusione della stipula del contratto di vendita in favore di Sempronio, alla condizione sospensiva dell'inadempimento della prelazione[48].
B) Diversamente, ove il testatore intendesse attribuire direttamente – *ex* testamento – il diritto di preferenza, come nell'esempio sub n. 2), la possibilità di riconoscere il riscatto si sposterebbe su un piano diverso, concernente l'ammissibilità di una contestuale previsione testamentaria in favore del legatario di riscattare dal terzo la proprietà del bene alienato dall'erede inadempiente.
   Questo è l'aspetto più problematico della vicenda in esame, poiché – come si è tentato di evidenziare – la possibilità di riconoscere convenzionalmente una tutela reale al soggetto beneficiario delle prelazione può accogliersi solo ove esistano mezzi idonei a tutelare l'affidamento del terzo acquirente. Costui non potrebbe mai perdere la proprietà del bene acquistato, ove ritenuta assente la pubblicità del diritto del prelazionario al recupero del bene ceduto, in dispregio della preferenza imposta per testamento.
   Ed è per queste ragioni che il tema in esame si presenta alla continua ricerca di un equilibrio tra aspetti marcatamente "sostanziali" e "pubblicitari" della opponibilità al terzo del diritto di riscatto. Una trattazione della questione alla luce dei soli aspetti sostanziali, dimentica di ogni conseguenza pratica, apparirebbe incompleta.
   In materia successoria, dunque, se è vero che il testatore dell'esempio *sub* 2) – astrattamente – potrebbe riconoscere direttamente al legatario tanto il diritto di preferenza, quanto il diritto di riscattare il bene dal terzo, vi è da chiedersi se il legatario possa ottenere dal terzo il bene, nel caso di alienazione avvenuta in dispregio del diritto di prelazione.
   La pubblicità, quanto alla disciplina *mortis causa*, vive di regole proprie. La funzione accordata alla trascrizione di cui all'art. 2648 c.c., è esclusiva-

[47] Sulla differenza tra le due fattispecie, Bonilini, *Il legato del diritto di prelazione*, in *La successione testamentaria, Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, II, Milano, 2009, p. 498.

[48] Si potrebbe ipotizzare di realizzare la volontà di Tizio anche mediante la predisposizione di due legati separati, in luogo di uno solo ad oggetto plurimo, così da consentire al beneficiario di rifiutare il legato riguardante la conclusione del preliminare e conseguire unicamente quello inerente al riconoscimento del diritto di prelazione. Logicamente, la ipotesi inversa – ossia la volontà di rifiutare il legato concernente la prelazione – comporterebbe la caducazione anche dell'attribuzione concernente il diritto alla conclusione del preliminare, stante l'apposizione della condizione, che evidenzia l'esistenza di un collegamento negoziale tra le disposizioni.

mente quella di garantire la continuità delle trascrizioni, sfuggendo ad ogni identificazione con la disciplina di cui all'art. 2644 c.c., che tende a risolvere i contrasti tra più aventi causa da parte di un medesimo soggetto.
La fattispecie del riconoscimento diretto del riscatto non è, comunque, ricompreso nell'ambito applicativo dell'art. 2648 c.c., considerando che non si è presenza di nessuna delle ipotesi contemplate dai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 2643 c.c., come richiamate dalla norma in esame.
Pertanto, non potrebbe neanche applicarsi la regola desumibile dal combinato disposto degli artt. 534, comma 3, e 2648 c.c.
Nel caso proposto, l'alienazione conclusa dall'erede (vero) col terzo non potrebbe che essere considerata non solo valida, ma anche opponibile al legatario del diritto di riscatto, poiché sembrerebbe assurdo assicurare una tutela minore al terzo acquirente dall'erede vero, rispetto a quella riconosciuta allo stesso nella fattispecie (più grave) di acquisto dall'erede apparente, ai sensi dell'art. 534, comma 2, c.c.
In virtù di quanto precisato – dunque – ancorché astrattamente ammissibile, l'attribuzione del diritto di riscatto *ex testamento* in favore del legatario (beneficiario del diritto di prelazione) non avrebbe utilità pratica, considerando che l'eventuale alienazione effettuata dall'erede in dispregio del diritto di preferenza, comunque non minerebbe gli effetti dell'acquisto del terzo. Il legatario potrà pretendere esclusivamente il risarcimento del danno, analogamente a quanto si sarebbe verificato nel caso in cui testatore si fosse limitato al riconoscimento della sola prelazione.

Anna Maria Beneduce
Consigliere della Corte di Appello di Napoli, sezione lavoro

Somministrazione di lavoro nel Jobs Act

abstract

Within the limits of the law regulating job relations, the Government was entrusted to identify and analyse all the current types of contracts and, in accordance with this task, with the scheme of the Legislative Decree, the rules on staff leasing contained in the articles 20 to 28 of legislative decree n.276/2003 and its modifications by legislative decree n. 24 of 3 March 2012 and by Fornero Reform (Act n. 92/28 June 2014) have been revised and partially modified. The Legislative Decree n. 81 of 15 June 2015, in force since 25 June, represents an exhaustive regulation of the several types of contracts previously contained in numerous Acts. Substantially the legal regulation of various institutions has been simplified and rearranged.

The brief comments of this work are aimed at assessing whether such types of contract can really satisfy the need to simplify the current types of contract in order to raise general employment.

keywords

Jobs Act – Staff leasing.

abstract

Nell'ambito del riordino della disciplina dei rapporti di lavoro, il governo è stato delegato ad individuare ed analizzare tutte le forme contrattuali esistenti e nell'ottica di tali deleghe, con lo schema del decreto legislativo, sono state rivisitate e parzialmente modificate le disposizioni in tema di somministrazione contenute negli artt. da 20 a 28 del d.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dal d.lgs. n. 24 del 2.03.2012 e dalla riforma cd. Fornero (legge n. 92 del 28.06.2014).

Il decreto legislativo n. 81 del 15.06.2015, in vigore dal 25 giugno rappresenta una disciplina organica delle varie tipologie contrattuali in precedenza contenute in numerose leggi.

In buona sostanza si è limitato a semplificare e riordinare la disciplina dei vari istituti

L'oggetto delle brevi considerazioni del presente scritto verterà proprio sulla valutazione se tale tipologia contrattuale possa effettivamente essere rispondente alle esigenze di semplificazione delle forme contrattuali esistenti in vista dell'obiettivo del rilancio occupazionale.

parole chiave

Jobs Act – Somministrazione.

sommario

Introduzione. – **1.** Evoluzione Storica e natura giuridica. – **2.** Definizione e disciplina giuridica. – **2.1.** Somministrazione di lavoro a tempo determinato. – **2.2.** Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. – **2.3.** Disciplina dei rapporti di lavoro. – **3.** Regime sanzionatorio. – **4.** Riflessioni conclusive.

Introduzione

Il 16 dicembre 2014 è entrata in vigore la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 che ha costituito il presupposto della riforma nota con il nome di "Jobs Act".

Queste le materie delegate:

- riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali (in costanza di rapporto e post rapporto);
- riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e politiche attive;
- disposizioni di semplificazione e razionalizzazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese;
- testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro,
- revisione e aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Il 7 marzo 2015 sono entrati in vigore i primi due decreti attuativi: il n. 22/2015 che ha riordinato la materia degli ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria ed il decreto n. 23/2015 in materia di contratti di lavoro a tempo indeterminato "a tutele crescenti" con una peculiare disciplina per gli assunti a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, in relazione alla cessazione del rapporto di lavoro e al regime sanzionatorio.

Il 25 giugno 2015 sono, poi, entrati in vigore altri due decreti attuativi il n. 80/2015 che ha dettato nuove norme in materia di congedi e maternità ed il n. 81/2015 contenente la disciplina organica dei contratti di lavoro nonché la revisione della normativa in tema di mansioni con la modifica dell'art. 2103 c.c. ed il superamento del principio di equivalenza delle mansioni.

Infine il 23 settembre 2015 si è concluso il percorso di attuazione della legge delega con la emanazione di 4 decreti legislativi: il n. 148 contenente il riordino

della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro con particolare riferimento alla cassa integrazione, ordinaria e straordinaria, nonché ai contratti di solidarietà; il n. 149 contenente disposizioni di carattere organizzativo ai fini della semplificazione della attività ispettiva con l'istituzione di un organismo unitario (Ispettorato nazionale del lavoro) che ha unificato gli ispettorati del lavoro, dell'Inps e dell'Inail; il n. 150 contenente disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e politiche attive con l'istituzione della Anpal (Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro) ed infine il n. 151 contenente norme intese a semplificare le procedure degli adempimenti a carico dei datori di lavoro e norme in tema di rapporto di lavoro.

Nell'ambito, dunque, del riordino della disciplina dei rapporti di lavoro, il governo è stato delegato ad individuare ed analizzare tutte le forme contrattuali esistenti e nell'ottica di tali deleghe, con lo schema del decreto legislativo, sono state rivisitate e parzialmente modificate le disposizioni in tema di somministrazione contenute negli artt. da 20 a 28 del d.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dal d.lgs. n. 24 del 2.03.2012 e dalla riforma cd. Fornero (legge n. 92 del 28.06.2014).

Il decreto legislativo n. 81 del 15.06.2015, in vigore dal 25 giugno, recante la "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni" ha riscritto la disciplina della maggior parte degli istituti contrattuali utilizzati dalle aziende per reperire manodopera.

Esso rappresenta una disciplina organica delle varie tipologie contrattuali, in precedenza contenute in numerose leggi.

In buona sostanza si è limitato a semplificare e riordinare la disciplina dei vari istituti.

L'oggetto delle brevi considerazioni del presente scritto verterà proprio sulla valutazione se tale tipologia contrattuale possa effettivamente essere rispondente alle esigenze di semplificazione delle forme contrattuali esistenti in vista dell'obiettivo del rilancio occupazionale.

1. Evoluzione storica e natura giuridica

Il d.lgs. n. 276/03 aveva completato il processo di evoluzione legislativa iniziatosi con la l. 196/07, c.d. "legge Treu", diretto a consentire l'utilizzazione indiretta di manodopera, permettendo, a determinate condizioni, all'imprenditore sia di esternalizzare uno o più servizi aziendali, sia di ricorrere a contratti di appalto che all'istituto della somministrazione.

L'art. 85 del d.lgs. 276 del 2003 aveva abrogato lo storico divieto di interposizione di manodopera sancito dalla legge n. 1369 del 1960, approvata, va detto, in un sistema economico-sociale e in un contesto giuridico, profondamente diversi da quello attuale; basti pensare che all'epoca vi era sia libertà di licenziare senza giusta causa o giustificato motivo, che di stipulare contratti a termine senza particolari rigidità.

Con l'entrata in vigore degli artt. 20 e ss. del d.lgs. 276 del 2003, il legislatore aveva introdotto una generale forma di interposizione di manodopera, denominata "somministrazione di lavoro" e definita come la "fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine" (art. 20, comma 1, lettera a): formula che ricomprende sia il cd. *staff-leasing* (somministrazione a tempo indeterminato, reintrodotta dalla l. n. 191/09) sia il cd. lavoro interinale o temporaneo (somministrazione a tempo determinato).

Per quanto specificamente concerneva la somministrazione a termine il principale elemento di novità consisteva nel fatto che la stessa era autorizzata anche a fronte di esigenze ordinarie e prevedibili dell'attività imprenditoriale, come reso evidente dall'inciso contenuto nel primo periodo del quarto comma dell'art. 20 del d. lgs. 276/03, a tenore del quale «la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

L'istituto si basava su uno schema triangolare risultante dal collegamento di due paralleli contratti bilaterali:

(a) un contratto di lavoro, a termine o *sine die*, stipulato tra il lavoratore e un'Agenzia a ciò appositamente autorizzata (il rapporto di lavoro dipendente si incardinava con l'Agenzia: il prestatore di lavorato era assunto e restava dipendente dell'Agenzia, soggetto somministratore);

(b) un contratto commerciale, anch'esso a termine o a tempo indeterminato, stipulato tra due imprese (l'Agenzia autorizzata e l'impresa utilizzatrice) e avente ad oggetto la "messa a disposizione" (cd invio in missione) del lavoratore somministrato. Il contratto di somministrazione vero e proprio era solo il contratto commerciale stipulato tra somministratore e impresa utilizzatrice.

Si realizzava, in tal modo, proprio quella netta dissociazione tra la titolarità formale del rapporto di lavoro e l'effettiva utilizzazione della prestazione lavorativa che la l. 1369 del 1960 vietava. La titolarità formale del rapporto restava in capo all'Agenzia nella forma di lavoro subordinato, mentre la prestazione lavorativa era resa dal lavoratore somministrato in favore dell'utilizzatore (o committente), soggetto che rimaneva terzo rispetto al rapporto formale e, che instaurava con il lavoratore un "rapporto di mero fatto", esercitando su di esso i poteri di direzione e controllo ed essendo responsabile nei confronti dei terzi dei danni dal medesimo arrecati nell'esercizio delle sue mansioni.

A fronte di siffatta situazione la legge garantiva al lavoratore somministrato non solo la solidarietà tra somministratore e utilizzatore in relazione al pagamento della retribuzione e dei contributi previdenzia-

li, ma anche la parità di trattamento – assente, invece, nella disciplina dell'appalto – rispetto al trattamento economico e normativo riconosciuto dall'utilizzatore ai propri dipendenti.

Si deve evidenziare che il legislatore italiano aveva in passato sostanzialmente equiparato la disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato, sicuramente la forma più comune, a quella del contratto a termine, condizionando la validità del contratto alla sussistenza di identiche causali e sovrapponendo la disciplina. In sede di normativa comunitaria, invece, le due discipline erano rimaste del tutto distinte, tanto che la Corte di Giustizia Europea aveva più volte affermato la non applicabilità alla somministrazione di lavoro (o meglio al lavoro interinale come definito in sede comunitaria) dei principi previsti dalla direttiva n. 70 del 1999 sul contratto a tempo determinato. Così mentre la direttiva europea in materia di contratto a tempo determinato aveva quali obiettivi quello di prevenire gli abusi derivanti dalla stipula di una pluralità di contratti a tempo determinato in successione, la direttiva europea sul contratto di lavoro interinale (n. 104 del 2008) aveva quale obiettivo principale quello di garantire al lavoratore interinale un trattamento retributivo e normativo simile a quello applicato in favore dei dipendenti dell'utilizzatore.

Da questo punto di vista la legislazione italiana, attraverso la previsione di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 276/2003 che, per l'appunto, garantiva al lavoratore somministrato la medesima retribuzione del lavoratore dipendente, risultava già in linea con la direttiva europea.

2. Definizione e disciplina giuridica

Lo schema del decreto legislativo, in attuazione della delega sul Jobs Act, con gli artt. da 30 a 40 ha integralmente riscritto la disciplina della somministrazione di lavoro senza tuttavia introdurre novità rilevanti e lasciando inalterata la disciplina preesistente rivisitando e parzialmente modificando le disposizioni contenute negli artt. da 20 a 28 del d.lgs. n. 276/2003.

Le reali novità introdotte dal decreto legislativo possono essere così sintetizzate: a) eliminazione delle causali che consentono la stipula di contratti di somministrazione a tempo indeterminato e contestuale introduzione di un limite quantitativo di contratti stipulabili pari al 20% dei dipendenti della impresa utilizzatrice; b) estensione alla somministrazione irregolare del regime sanzionatorio di cui all'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010; c) eliminazione della somministrazione fraudolenta.

L'art. 30 definisce la somministrazione di lavoro come quel contratto a tempo determinato o a tempo indeterminato con il quale una agenzia di somministrazione (cd. somministratore) mette a disposizione di un altro soggetto (cd. utilizzatore) uno o più lavoratori suoi dipendenti che svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore.

Viene dunque confermato lo schema trilaterale della somministrazione e la presenza di due distinti rapporti contrattuali, quello tra somministratore e utilizzatore (contratto di somministrazione) e quello di lavoro tra lavoratore e somministratore, ma sparisce, e questa è la novità, nella disposizione che reca la definizione del contratto di somministrazione ogni riferimento al contratto di lavoro.

La ferma distinzione tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro era da sempre stata ben chiara alla dottrina e alla giurisprudenza, tuttavia nell'ambito della disciplina prevista dal precedente d.lgs. n. 276/03 non mancavano norme atte a destare confusione.

La causa del contratto, qui intesa nella nozione tradizionale di "funzione economico sociale del negozio" va individuata nella fornitura professionale di mano d'opera in cambio di un corrispettivo.

Nella somministrazione si assiste pertanto ad una scissione tra soggetto che formalmente è il datore di lavoro (il somministratore) ed il soggetto nel cui interesse è resa la prestazione il quale pur non essendolo esercita alcuni poteri tipici del datore di lavoro (l'utilizzatore).

2.1. Somministrazione di lavoro a tempo determinato

Viene confermata, per la somministrazione di lavoro a tempo determinato, la totale acausalità, che viene estesa anche allo "*staff leasing*".

Con il nuovo decreto legislativo, la scelta operata dal legislatore già con il d.l. n. 34/2014 è stata quella di eliminare definitivamente ogni riferimento alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che fino al marzo dello scorso anno avevano legittimato tanto il ricorso alla somministrazione a termine quanto l'utilizzo del contratto di lavoro a tempo determinato.

La somministrazione di lavoro a tempo determinato, infatti, era ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili alla ordinaria attività dell'utilizzatore (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003).

Tali ragioni dovevano essere espressamente indicate nel contratto stipulato tra il somministratore e l'utilizzatore; la mancata indicazione delle ragioni, o la loro inesistenza, determinava l'irregolarità del contratto (art. 27, d.lgs. n. 276/2003, cit.); l'indicazione di una causale generica comportava quindi la conversione a tempo indeterminato del contratto.

Era ammessa la somministrazione a termine se il contratto era stipulato per la sostituzione di lavoratori assenti ovvero se si trattava di somministrati in mobilità con contratto non superiore a 12 mesi (art. 20, comma 5, d.lgs. cit.). In queste ipotesi la attivazione a

termine non necessitava di causale (Ministero del Lavoro, circolare n. 34/2010).

Il decreto legge n. 76 del 28.06.2013 recante "Primi interventi urgenti per la promozione della occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Iva e altre misure finanziarie urgenti"aveva modificato l'art. 1 del decreto legislativo n. 368/2001 prevedendo che l'indicazione delle causali non è richiesta: a) nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a 12 mesi, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'art. 20 del decreto legislativo 276 citato; b) in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Prima dunque della riforma Fornero i contratti a tempo determinato potevano essere stipulati senza giustificazione solo in casi davvero marginali (dirigenti e contratti a tempo determinato di durata massima fino a 12 giorni). Al di fuori di queste eccezioni valeva la regola generale per cui il datore di lavoro che intendesse assumere a termine un lavoratore, doveva indicare il motivo per cui in contratto di lavoro veniva stipulato – appunto a termine e non a tempo indeterminato; tale motivo, come è noto, doveva essere di natura organizzativa, tecnica, produttiva o sostitutiva.

A parere di chi scrive tale regola sostanzialmente valeva anche prima del d.lgs. n. 368/2001, quindi sotto la vigenza della legge n. 230/62 con l'unica differenza che prima la causa era tipizzata dal legislatore.

Con la riforma Fornero, invece, e come dicevo, si era disposto che il requisito della giustificazione non fosse richiesto nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a 12 mesi che si fosse svolto con un datore di lavoro o con un utilizzatore.

Attualmente con la eliminazione di ogni riferimento alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo si conferma la precisa volontà del legislatore, a parere di chi scrive, di liberare definitivamente tali istituti dalla morsa di un vincolo – le ragioni di ricorso, appunto – che in passato avevano dato luogo a un contenzioso dagli esiti, per altro, assolutamente incerti, ed anzi diametralmente opposti, anche nell'ambito della medesima sezione di Tribunale.

Ne consegue che resta oggi sempre possibile il ricorso alla somministrazione a termine a prescindere dall'esistenza o meno di una concreta esigenza di carattere transitorio in capo all'utilizzatore.

2.2. Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato

Il cd. "*staff leasing*" era stato abrogato dalla legge n. 247/2007 attuativa del cd. "Protocollo di Welfare" siglato tra Governo e le parti sociali nel mese del luglio dello stesso anno e poi era stato reintrodotto con la legge n. 191/2009 con dei correttivi che ne avevano ampliato lo spazio di utilizzo; tale spazio era cresciuto ancora quando, dopo la approvazione della riforma Fornero, la legge 7 agosto 2012 n. 134, di conversione del decreto legge n. 83 del 22 giugno 2012, aveva previsto un meccanismo di particolare favore per il caso di accoppiamento tra lo staff leasing e l'assunzione di apprendisti.

La legislazione successiva (d.lgs. n. 24/2012) aveva previsto la possibilità di ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato a prescindere dalla attività da svolgere qualora i lavoratori da assumere rientrassero in determinate categorie ritenute particolarmente svantaggiate (disoccupati, invalidi ecc.).

Attualmente il sistema della acausalità viene esteso – e questa è una novità assoluta – anche all'istituto dello staff leasing (ossia la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato), che diviene oggi utilizzabile da qualsiasi utilizzatore per qualsivoglia esigenza o mansione, entro il limite del 20% (derogabile in sede di contrattazione collettiva) del numero dei lavoratori assunti a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del contratto, a condizione che i lavoratori impiegati siano assunti a tempo indeterminato dall'agenzia.

Si tratta di una vera e propria rivoluzione per l'istituto, il cui utilizzo, fino al 24 giugno, era limitato dalla legge a pochi casi, per lo più riferibili ad attività ausiliarie e indicate tassativamente dall'oramai abrogato art. 20, comma 3, del d.lgs. n. 276/03.

In passato, infatti, tale tipologia contrattuale era ammessa: a) per i servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico; b) per i servizi di pulizia, custodia e portineria; c) per i servizi di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci, d) per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato; e) per le attività di consulenza direzionale; f) per le attività di *marketing*, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale; g) per la gestione dei *Call Center*; h) per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, i) in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali, territoriali, aziendali; i bis) in tutti i settori produttivi, pubblici e privati, per l'esecuzione di servizi di cura ed assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia.

Oggi è invece consentita la possibilità di una generale applicazione dell'istituto parallelamente a quanto si verifica con la somministrazione a tempo determinato.

Una azienda pertanto può fare ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato per lo svolgimento

di qualunque attività lavorativa e possono essere utilizzati in esecuzione di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato tutti i lavoratori che, però, abbiano a loro volta stipulato con la agenzia di somministrazione un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

La norma da un lato ha eliminato ogni requisito causale per la stipula di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato, ma dall'altro richiede che la agenzia di somministrazione possa inviare esclusivamente lavoratori che siano stati assunti con contratto a tempo indeterminato.

Infine è stato introdotto anche un requisito quantitativo e cioè l'azienda utilizzatrice non può utilizzare un numero di lavoratori somministrati a tempo indeterminato superiore al 20% (la contrattazione collettiva nazionale può prevedere limiti percentuali diversi) del numero dei lavoratori assunti dallo stesso utilizzatore con contratto a tempo indeterminato.

Come è agevole notare la abolizione delle causali e la previsione di limiti quantitativi costituisce una delle poche modifiche apportate dal decreto legislativo al contratto di somministrazione.

D'altra parte sarebbe stato non coerente eliminare le causali per il ricorso al contratto a tempo determinato e limitare il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato solo per determinate attività lavorative.

Viene, dunque, confermata l'assenza di limiti legislativi all'utilizzo della somministrazione a termine, mentre viene introdotto un generale limite del 20% per il ricorso allo *staff leasing*.

L'introduzione di limiti all'utilizzo della somministrazione a termine o la modifica del limite per il ricorso allo staff leasing vengono delegate alla contrattazione collettiva, anche di secondo livello.

Ed è questa, a parere di chi scrive, la novità più importante inerente la somministrazione di manodopera e cioè «la possibilità di prevedere limiti di contingentamento alla somministrazione, sia a termine che a tempo indeterminato, anche in sede di contrattazione aziendale» per espressa delega conferita dal legislatore.

L'art. 31, infatti, da un lato, nel prevedere al comma 1 il generale limite del 20% per il ricorso allo staff leasing, fa salve le diverse previsioni dei «contratti collettivi applicati dall'utilizzatore» e, dall'altro, al comma 2, sancisce pure che «la somministrazione di lavoro a tempo determinato è utilizzata nei limiti quantitativi individuati dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore».

È, in primo luogo, oramai chiarito definitivamente che non esiste un limite di utilizzo della somministrazione di lavoro a tempo determinato previsto dalla legge. È pacifico che un'azienda che operi in un settore in cui la contrattazione collettiva non abbia introdotto specifici limiti di contingentamento ben potrebbe decidere di impiegare tutta la manodopera necessaria mediante somministrazione a tempo determinato e non incorrere in alcuna violazione di legge.

Entrambe le norme, inoltre, vanno lette in combinato disposto con l'art. 51 del medesimo decreto legislativo 81, ove il legislatore ha, senza mezzi termini, chiarito che «salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

Si tratta di una scelta in profonda discontinuità con il passato, atteso che, per quanto riguarda la somministrazione a termine, la delega per l'individuazione di limiti di contingentamento era conferita, dall'abrogato art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/03, esclusivamente ai contratti collettivi nazionali. Ne consegue che oggi è possibile disegnare la disciplina della somministrazione, tanto a termine quanto a tempo indeterminato, interamente nell'ambito del contratto collettivo aziendale, adattandola esattamente alle specifiche esigenze dell'utilizzatore, anche in quei settori (e sono l'assoluta maggioranza) in cui un limite di contingentamento al ricorso all'istituto sia stato previsto in sede di contrattazione nazionale. Il legislatore ha pure confermato e meglio chiarito che è in ogni caso esente da qualsivoglia limite la somministrazione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità e di soggetti disoccupati, che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione o ammortizzatori sociali e di lavoratori svantaggiati (art. 31, comma 2). Anche la Pubblica Amministrazione può avvalersi della somministrazione a tempo determinato, ma in tal caso, in ipotesi di vizi del contratto di somministrazione, non trova applicazione la sanzione della costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (v. art. 38, comma 4, del d.lgs. e art. 36, d.lgs. n. 165/2001). Diversamente l'art. 31, comma, conferma l'inapplicabilità della disciplina della somministrazione a tempo indeterminato alla P.A., inapplicabilità già prevista dall'art. 86, comma 9, d.lgs. n. 276/2003.

2.3. Disciplina dei rapporti di lavoro

Gli artt. da 30 a 33 disciplinano il contratto di somministrazione, cioè il rapporto tra la agenzia di somministrazione e l'utilizzatore.

L'art. 32 dispone che non si possa far ricorso alla somministrazione sia a tempo indeterminato che a tempo determinato: a) per la sostituzione di lavoratori in sciopero, b) qualora l'utilizzatore abbia fatto ricorso nei sei mesi precedenti ai licenziamenti collettivi ovvero alla cassa integrazione (tale divieto è assoluto e non può essere derogato – come invece poteva avvenire con la precedente disciplina – da accordi sindacali), c) qualora l'utilizzatore non abbia effettuato la valutazione dei rischi.

L'art. 33 dopo avere imposto la forma scritta *ad substantiam* del contratto di somministrazione (in assenza della quale il contratto è nullo e i lavoratori somministrati sono considerati alle dipendenze dell'utilizzatore) prevede il contenuto del contratto: a) gli estremi dalla autorizzazione rilasciata al somministratore, b) il numero dei lavoratori da somministrare, c) la indicazione di eventuali fattori di rischio per la salute e per la sicurezza e le misure di sicurezza da adottare, d) la data di inizio e la data di inizio e la durata della somministrazione, e) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento, f) il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

L'omessa indicazione nel contratto di somministrazione delle indicazioni di cui alle lettere da a) a d) determina la irregolarità della somministrazione con le conseguenze previste dal successivo art. 38 del decreto legislativo.

L'articolo 34 del decreto è rubricato "disciplina dei rapporti di lavoro" e dovrebbe, quindi, riguardare esclusivamente il rapporto che intercorre tra l'agenzia per il lavoro e il lavoratore somministrato, cui l'utilizzatore è estraneo.

Va segnalato che, contraddicendo le buone intenzioni di tenere fermamente distinte le norme relative al contratto di somministrazione da quelle relative al contratto di lavoro, al comma 3 del nominato articolo il legislatore introduce una disposizione che riguarda espressamente il rapporto di utilizzazione (quello cioè che lega utilizzatore e lavoratore somministrato) riproducendo, in concreto, la vecchia norma di cui all'art. 2, comma 5, del d.lgs. n. 276/03 secondo cui il lavoratore somministrato "non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini della applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla materia dell'igiene e della sicurezza sul lavoro".

In fatto di rapporti di lavoro cambia, in concreto, poco o nulla rispetto al passato. Per quanto attiene alle assunzioni a tempo indeterminato, la norma ribadisce che "il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato", dunque certamente si applicano anche ai lavoratori assunti a scopo di somministrazione dalle agenzie le recenti novità introdotte in materia di contratto a tutele crescenti. La legge (art. 34, comma 4) ribadisce che in caso di licenziamenti da parte dell'agenzia di lavoratori assunti ai fini della somministrazione, non si applicano le disposizioni dettate in materia di licenziamenti collettivi. E tanto è pacifico da sempre. Anche qui, tuttavia, la norma fa erroneamente riferimento al "caso di cessazione della somministrazione a tempo indeterminato", laddove è pacifico che il riferimento debba essere inteso ai licenziamenti operati dall'agenzia, unico datore di lavoro formale.

Per quanto attiene all'assunzione a tempo determinato, è confermato che il rapporto tra agenzia e lavoratore trova la sua fonte normativa nella disciplina dettata dalla legge in materia di contratto a tempo determinato, per quanto compatibile e, in ogni caso, con espressa esclusione delle disposizioni che: 1) impongono al contratto a tempo determinato un limite massimo di durata (il limite dei 36 mesi più l'eventuale proroga assistita non è applicabile alle assunzioni a termine per scopo di somministrazione effettuate dalle agenzie); 2) dettano la disciplina in materia di proroghe (il limite massimo di cinque proroghe previsto per il contratto a termine non è applicabile alle assunzioni tramite agenzia) e rinnovi dei contratti a tempo determinato (non è previsto alcun limite massimo alla reiterazione di contratti a termine stipulati tra la medesima agenzia e il medesimo lavoratore, né si applicano alla somministrazione i c.d. periodi di stop and go, pari a 10 o 20 giorni, previsti nel caso di rinnovo di un contratto a termine stipulato direttamente in azienda in assenza dell'intermediazione); 3) dettano un limite di contingentamento al numero di lavoratori assumibili (si è già detto che non si applicano alla somministrazione né il limite del 20% previsto dalla legge per il ricorso al contratto a tempo determinato né eventuali differenti limiti previsti per la medesima materia dai CCNL applicati presso l'utilizzatore e tali limiti, ovviamente, non valgono neppure per l'agenzia che concretamente assume i lavoratori); 4) dispongono un diritto di precedenza in favore del lavoratore che abbia già lavorato in ragione di uno o più contratti di lavoro subordinato a tempo determinato (il diritto di precedenza previsto nel caso di assunzione a termine operata direttamente in azienda non si applica alle assunzioni a tempo determinato effettuate dall'agenzia).

Gli articoli 35, 36 e 37 del decreto legislativo disciplinano la tutela del lavoratore, l'esercizio del potere disciplinare, il regime della solidarietà, i diritti sindacali e le norme previdenziali e corrispondono integralmente agli artt. 23, 24, 25 e 26 del d.lgs. n. 276/2003.

Il primo comma dell'art. 35 infatti utilizza una terminologia differente rispetto a quella utilizzata dal legislatore comunitario e dal d.lgs. n. 276/2003 facendo riferimento alle "condizioni economiche e normative" e non più alle "condizioni di base".

Certamente entrambi i termini fanno riferimento non solo ai profili economici ma anche a tutte le ulteriori disposizioni volte a tutelare i lavoratori in una determinata azienda.

Il secondo comma dell'art. 35 sancisce: "l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore". La disposizione, che a una prima e distratta lettura sembrerebbe semplicemente riprodurre il generale vincolo di solidarietà tra utilizzatore e somministratore da sempre previsto

dalla normativa in materia, in realtà contiene una novità di tutto rispetto. A ben vedere, la solidarietà in essa sancita è diversa da quella che si rinveniva nel d.lgs. 276/03. Nella precedente disciplina, infatti, il vincolo di solidarietà, pur previsto dall'art. 23, comma 3 con disposizione simile – "L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali" – era tuttavia mitigato dalle norme di cui all'articolo 21, comma 1 (forma del contratto di somministrazione), ove era previsto che "Il contratto di somministrazione di manodopera è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi:" – lett. h): "assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali"; lett. i): "assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro"; lett. k): "assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore". È di tutta evidenza che la solidarietà tra utilizzatore e somministratore prevista dalle norme abrogate del d.lgs. n. 276/03 non fosse una solidarietà piena, assoluta e paritaria, se è vero che l'utilizzatore assumeva formalmente l'obbligo del "pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali" soltanto nel caso di "inadempimento del somministratore". Nell'abrogato sistema dispositivo, obbligato principale nei confronti dei lavoratori e degli enti previdenziali era chiaramente il somministratore e l'obbligazione solidale dell'utilizzatore scattava esclusivamente in caso di inadempimento del primo. Tant'è che il legislatore si era premurato di specificare che di tanto le parti dovessero necessariamente dare atto per iscritto nel contratto di somministrazione.

La solidarietà prevista dalla disposizione di cui all'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015, invece, è effettivamente, una solidarietà piena e paritaria. Corollario di tale principio affermato dal legislatore è l'eliminazione, nel nuovo articolo 33 (forma del contratto di somministrazione) degli elementi formali di cui alle precedenti lettere h), i) e k) sopra esaminati. Proprio perché la solidarietà oggi è piena e paritaria, non è più indispensabile né necessario indicare in contratto, e conseguentemente comunicare per iscritto al lavoratore, che l'utilizzatore si è impegnato al pagamento diretto delle retribuzioni e dei contributi qualora a ciò non provvedesse il somministratore. In ragione del nuovo articolo 35, comma 2, il lavoratore potrà rivolgersi indifferentemente al somministratore oppure all'utilizzatore, senza alcun beneficio di preventiva escussione a favore del secondo.

Tale responsabilità solidale è diversa da quella prevista a carico del committente di un servizio di appalto in relazione ai crediti di lavoro vantati dai dipendenti dell'appaltatore dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 non andando incontro ad alcun limite oggettivo ovvero temporale. Tale differenza si spiega in quanto l'utilizzatore ha nei confronti dei dipendenti del somministratore una relazione del tutto diversa e ben più intensa rispetto a quella che caratterizza il committente rispetto ai dipendenti dell'appaltatore.

Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore. Il datore di lavoro (l'agenzia) rimane titolare di tale potere solo nella fase di assegnazione all'utilizzatore e nelle fasi precedenti e successive allo svolgimento della prestazione.

Lo sdoppiamento del potere direttivo nei termini suddetti comporta per il lavoratore un obbligo di diligenza nei confronti sia del somministratore sia dell'utilizzatore ed anche il dovere di fedeltà trova attuazione nei riguardi tanto del somministratore che dell'utilizzatore.

Nei confronti di quest'ultimo si sostanzia prevalentemente nell'obbligo di astenersi dal compimento di atti suscettibili di arrecare pregiudizio alla organizzazione produttiva; viceversa nei confronti del somministratore la fedeltà del lavoratore si concretizza essenzialmente nell'obbligo di non concorrenza.

Il potere disciplinare, dunque, è esercitato dal somministratore-datore di lavoro, il quale, tuttavia, agisce su impulso dell'utilizzatore, essendo solo quest'ultimo a conoscenza del concreto espletamento della prestazione lavorativa (art. 35, comma 6).

Ed è sempre l'utilizzatore, in deroga ai principi generali, ad essere responsabile (art. 35, comma 7) nei confronti dei terzi di eventuali danni cagionati dal prestatore di lavoro ed è sempre l'utilizzatore a sopportare maggiori oneri economici nei confronti dei lavoratori in ipotesi di assegnazioni di fatto a mansioni superiori o in caso di dequalificazioni (art. 35, comma 5).

3. Regime sanzionatorio

Anche la disciplina dei vizi del contratto di somministrazione risulta inalterata.

Gli artt. 21, comma 4, e 27 del d.lgs. n. 276/2003 tratteggiavano, talora con la tecnica del rinvio recettizio, le patologie del contratto di somministrazione, distinguendo i vizi "formali" da quelli "sostanziali": il rimedio attribuito al lavoratore era, invece, unitario e consiste nella costituzione, in via giudiziale, di un rapporto di lavoro col soggetto utilizzatore.

Nel delineare i "vizi formali" del contratto commerciale stipulato tra Agenzia e impresa utilizzatrice, l'art. 21, comma 4 così disponeva: «In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle

dipendenze dell'utilizzatore»: La nullità del contratto di fornitura e la correlata sanzione della costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore consegue, dunque, innanzitutto al difetto della forma scritta, qui richiesta ad *validitatem*.

L'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003 prevedeva poi i cd. vizi sostanziali del contratto commerciale, statuendo che il lavoratore, quando ritenga che la somministrazione fosse irregolare – perché avvenuta al di fuori dei limiti e delle condizioni di legge previste dagli artt. 20 e 21, comma 1, lettere da a) ad e) potesse chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione.

Il sindacato giudiziale, precisava l'art. 27, comma 3, era limitato esclusivamente all'accertamento dell'esistenza delle ragioni che giustificavano la somministrazione, non potendo essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettavano all'utilizzatore.

Quanto al contratto di lavoro stipulato tra Agenzia e lavoratore, diversamente da quanto previsto dall'art. 3, comma 3, della legge 196/97 sul lavoro temporaneo, la cd. legge Biagi (art. 22, comma 1) non richiedeva, in termini generali, specifici requisiti di forma, rinviando, sul punto, alla disciplina generale dettata dal codice civile e dalle leggi speciali per il tipo contrattuale prescelto: la forma scritta – *ad substantiam* o *ad probationem* – sarà stata, pertanto, necessaria per relazione solo nei casi in cui tale requisito fosse stato richiesto dalla tipologia negoziale prescelta dalle parti.

Qualora le parti avessero optato per il modello del contratto di lavoro a termine, il secondo comma del menzionato art. 22 assoggettava il rapporto tra somministratore e lavoratore alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 368/2001 "in quanto compatibile", demandando all'interprete il delicato compito di valutare la menzionata riserva di compatibilità.

Con il decreto legislativo n. 81/2015 anche la disciplina del contratto di somministrazione risulta inalterata. Secondo l'art. 38 del decreto citato in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e determina la costituzione del rapporto di lavoro direttamente nei confronti dell'utilizzatore.

La stessa conseguenza di costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore si determina nelle ipotesi in cui il contratto di somministrazione venga stipulato in violazione dei limiti quantitativi previsti dall'art. 31 commi 1 e 2 ovvero dei divieti imposti dall'art. 32 ovvero nel caso di mancata indicazione nel contratto dei requisiti previsti dall'art. 33 1 comma lett. a), b), c) e d).

Gli eventuali vizi del contratto di lavoro, non disciplinati dalla norma, riguardano solo i rapporti tra lavoratore e datore di lavoro-somministratore e non si riverberano sulla posizione dell'utilizzatore.

Decadenza.

L'art. 39, comma 1, del decreto legislativo estende alla ipotesi in cui il lavoratore chieda la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore la disciplina di cui all'art. 6 della legge 604/66.

Tale disposizione non è nuova in quanto già l'art. 32, comma 4, lett. d) della legge n. 183/2010 prevedeva l'estensione della disciplina della decadenza alla somministrazione.

La differenza con la norma precedente risiede nell'avere l'art. 39 specificato che l'oggetto della impugnazione è la richiesta di costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore e che il termine decadenziale decorre dalla data di cessazione della attività lavorativa presso l'utilizzatore.

Il secondo comma dell'art. 39 ha fatto propria l'interpretazione della Suprema Corte[1] riproducendo il contenuto dell'art. 32, comma 5, legge 183 citata disponendo che "… nel caso in cui il giudice accolga la domanda di cui al 1° comma condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno in favore del lavoratore, stabilendo una indennità onnicomprensiva nella misura di 2.5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR (e questa è una novità rispetto alla disciplina previgente che ancorava l'indennizzo al concetto di retribuzione globale di fatto), avuto riguardo ai criteri di cui all'art. 8 della legge 604/66.

Ora, a parere chi scrive, ancorare la indennità risarcitoria al concetto di retribuzione ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto e non più alla retribuzione globale di fatto comporta che, prevedendo l'art. 2120, comma 2, c.c. la possibilità per le parti sociali di stabilire quali elementi retributivi inserire o meno nel calcolo del TFR, in futuro un contratto potrebbe escludere dalla base di calcolo, per esempio il cd. superminimo, ovvero la quattordicesima mensilità, emolumenti che invece in ogni caso avrebbero concorso a formare la retribuzione globale di fatto.

L'art. 40, infine, riproduce le medesime sanzioni prima previste dall'art. 18, commi 3 e 3-*bis*, del d.lgs. n. 276/2003.

Una novità riguarda la mancata previsione della somministrazione fraudolente e cioè quella "somministrazione posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge" che aggiungeva alle sanzioni amministrative sopra indicate una sanzione penale della ammenda pari a 20 euro per ciascun lavoratore e per ciascun giorno di durata della somministrazione.

4. Riflessioni conclusive

Ci si è chiesti, all'inizio di questo breve lavoro, se la nuova tipologia della somministrazione possa esse-

[1] Cfr. Cass. 23 aprile 2015 n. 8286, Cass. 1 agosto 2014 n. 17540, Cass. 29 maggio 2013 n. 13404, Cass. 17 gennaio 2013 n. 1148.

re effettivamente rispondente alle esigenze di cui alla legge delega.

Oggi certamente è possibile disegnare la disciplina della somministrazione, tanto a termine quanto a tempo indeterminato, interamente nell'ambito del contratto collettivo aziendale adattandola alle specifiche esigenze dell'utilizzatore anche in quei settori (e sono la assoluta maggioranza) in cui un limite di contingentamento al ricorso all'istituto sia previsto in sede di contrattazione nazionale.

Il legislatore ha pure confermato e meglio chiarito che è in ogni caso esente da qualsivoglia limite la somministrazione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità e di soggetti disoccupati, che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione o ammortizzatori sociali e di lavoratori svantaggiati (art. 31, comma 2).

Tuttavia dalla disamina delle disposizioni sparisce la generale esenzione per la somministrazione di lavoro a tempo determinato nei casi di ricorso per stagionalità e per sostituzione di dipendenti assenti o per avvio di nuove attività.

Tale scelta legislativa appare inopportuna proprio infatti nell'ambito delle attività stagionali ove una azienda si trova costretta a incrementare il numero dei dipendenti per un tempo limitato; così come nei casi di sostituzioni di lavoratori assenti ove il datore di lavoro debba reperire nel minor tempo possibile un lavoratore idoneo a sostituire il dipendente assente.

In tali casi la agenzia per il lavoro sarebbe il miglior soggetto a cui rivolgersi per il reclutamento di tale manodopera.

Nell'auspicare, dunque, un immediato intervento del legislatore atto a ripristinare la generale esenzione dai limiti di contingentamento per tali ipotesi si potrebbe suggerire, agli utilizzatori che fanno uso massiccio di somministrazione in attività stagionali, di ricorrere alla contrattazione aziendale per ripristinare in sede pattizia ciò che è stato tolto per legge.

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

Sull'utilizzo illegittimo del rapporto di lavoro pubblico a tempo determinato: inquadramento normativo e diritti del lavoratore secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte.

Nota a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072

abstract

The employee asking for a finding of the term applied to the employment agency contract with a public employer, in compliance with internal regulations and in consultation with the Community rules, a compensation allowance must be so recognized (in an amount equal to compensation encompassing a minimum of 2.5 and a maximum of 12 monthly final total remuneration of fact). On the contrary, belonged not to the employee claimant's right to the transformation of employment in a permanent contract, remaining firm, then, the difference between the private and public sectors.

keywords

Employment relationship – Duration of the relationship – Fixed-term contract.

abstract

Al lavoratore che chieda l'accertamento dell'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro intercorso con un datore di lavoro pubblico, nel rispetto della normativa interna e di concerto con la normativa comunitaria, deve essere sì riconosciuta una indennità a titolo di risarcimento (nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto). Al contrario, non compete al lavoratore ricorrente il diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato, restando ferma, dunque, la differenza tra il settore privato e quello pubblico.

parole chiave

Rapporto di lavoro subordinato – Durata del rapporto – Contratto a tempo determinato.

Pubblico impiego – abuso del ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato – divieto di trasformazione del contratto – risarcimento del danno – dovuto

Nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 36, comma 5, al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione con esonero dall'onere probatorio nella misura e nei limiti di cui alla l. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, comma 5, e quindi nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8.

Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072

Pres. Rovelli; Rel. Amoroso

Fatto

1. M.C. e S.G. hanno adito con separati ricorsi il Tribunale di Genova per chiedere l'accertamento dell'illegittimità del termine apposto ai contratti di lavoro intercorsi con l'Azienda Ospedaliera (OMISSIS) con la qualifica di operatore tecnico-cuoco (ultimo contratto di sei mesi per il M. decorrente dal 10 gennaio 2002, preceduto da altri quattro contratti, e per il S. decorrente dall'11 gennaio 2002, preceduto da altri tre contratti e sempre a tempo determinato, stipulati a decorrere dal 1999), con conseguente diritto alla declaratoria di instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, illegittimamente interrotto, si da giustificare la richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro, la condanna del datore al versamento di un'indennità non inferiore a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto nonché al risarcimento del danno non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre all'indennità sostitutiva del preavviso.

Il Tribunale di Genova – previo incidente di pregiudizialità comunitaria, in ordine alla compatibilità con la direttiva 1999/70/CE della disciplina interna

nella parte in cui preclude per il settore pubblico (a differenza di quello privato) la tutela della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione delle norme in tema di apposizione del termine – ha dichiarato illegittimo l'ultimo dei contratti stipulati dai lavoratori (per mancata indicazione delle causali giustificative), condannando l'ente al risarcimento del danno, secondo quanto previsto dalla l. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, commi 4 e 5, utilizzato quale criterio di parametrazione adeguato, effettivo e dissuasivo, in linea con i parametri indicati dalla Corte di giustizia U.E.

Il giudice di primo grado ha tuttavia differenziato le posizioni dei lavoratori nella concreta liquidazione del danno: infatti, ad entrambi è stato riconosciuto il risarcimento nel valore minimo di cinque mensilità, mentre l'indennità sostitutiva della reintegrazione è stata attribuita per intero (quindici mensilità) al S., che dopo il rapporto a termine non aveva più lavorato, e contenuta in un'indennità pari a dieci mensilità per il M., che invece aveva trovato un'occupazione, sia pure con minori garanzie di stabilità rispetto al servizio pubblico.

2. La Corte di appello di Genova, con sentenza del 9 gennaio 2009, ha respinto l'appello proposto dall'ente pubblico, osservando in particolare che la censura relativa alla mancata prova del danno da parte dei lavoratori era infondata in quanto era stato utilizzato un criterio equitativo a carattere forfetizzato e predeterminato (anche se la liquidazione era stata parzialmente graduata in concreto per effetto della nuova occupazione lavorativa rinvenuta dal M.), tale da adeguare il risarcimento alla perdita del posto di lavoro – danno che non richiedeva specifica prova e quantificazione – e da offrire una tutela in linea con i requisiti indicati dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea secondo il canone di effettività, equivalenza e dissuasività della protezione che deve approntare dall'ordinamento interno per contrastare l'abusivo ricorso al contratto a termine.

3. Avverso la sentenza della Corte di appello l'Azienda Ospedaliera (*Omissis*) ha proposto due distinti ricorsi per cassazione articolati in quattro motivi, di analogo contenuto, rispettivamente nei confronti di M.C. e e di S.G.

Si sono costituiti con distinti controricorsi M.C. e S.G. concludendo per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso, assumendo - in particolare - la correttezza della decisione della Corte di appello sui criteri di risarcimento in quanto tesa a ristorare il danno conseguente alla mancata conversione del rapporto a tempo indeterminato, in linea con i requisiti enunciati dalla giurisprudenza della Corte europea.

Entrambe le parti hanno depositato memoria difensiva, riportandosi alle precedenti difese.

4. All'esito dell'udienza del 20 luglio 2015 la Sezione Lavoro di questa Corte, con ordinanza del 4 agosto 2015, n. 16363, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, segnalando, in relazione ai ricorsi in esame, da un lato la questione di massima di particolare importanza sulla definizione, la portata applicativa e la parametrazione del danno risarcibile ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, dall'altro il contrasto giurisprudenziale registrato sui criteri di liquidazione da adottare.

Fissata la causa innanzi a queste Sezioni Unite, le parti hanno depositato ulteriori memorie ex art. 378 c.p.c..

Diritto

1. Entrambi i ricorsi sono articolati in quattro motivi di analogo contenuto.

Si deduce con il primo motivo la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 421 c.p.c., nonché della l. n. 300 del 1970, art. 18, per essere la Corte territoriale incorsa nel vizio di extrapetizione, giungendo a condannare di ufficio l'ente pubblico al risarcimento del danno benché il lavoratore non avesse proposto domanda risarcitoria ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, non fosse configurabile nella specie un licenziamento e, di conseguenza, non fosse applicabile la disciplina di cui alla l. n. 300 del 1970, art. 18.

Con il secondo motivo è anche censurata la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 114 c.p.c., nonché degli artt. 1226 e 2697 c.c., per essere la Corte territoriale incorsa nel vizio di extrapetizione, giungendo a condannare di ufficio l'ente pubblico al risarcimento del danno liquidato in via equitativa in assenza di domanda delle parti *ex* art. 114 c.p.c., ovvero di liquidazione ai sensi dell'art. 1226 c.c., e comunque in assenza di domanda risarcitoria del lavoratore ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, e di benché minima allegazione e prova del danno subito;

Con il terzo motivo è dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 113 c.p.c., in relazione al d.lgs. n. 165 del 2001, per avere la Corte territoriale violato le citate norme liquidando di ufficio un danno in via di equità senza specifica domanda in tal senso e riconoscendo una somma maggiore del danno eventualmente sofferto, considerato che i lavoratori, dopo solo un mese dalla scadenza del termine impugnato, avevano trovato altra occupazione.

Infine con il quarto motivo la ricorrente lamenta la contraddittoria motivazione della sentenza impugnata su un punto decisivo della controversia per avere la Corte di appello riconosciuto la tutela l. n. 300 del 1970, *ex* art. 18, in un caso non riconducibile al licenziamento, accogliendo una domanda diversa da quella formulata ed attribuendo il risarcimento di un danno non provato né nell'*an* che nel *quantum debeatur*.

2. Vanno preliminarmente riuniti i due ricorsi dell'Azienda ospedaliera ricorrente perché proposti nei confronti della stessa sentenza della Corte d'appello di Genova.

3. I ricorsi – i cui motivi, di analogo contenuto, possono essere esaminati congiuntamente in quanto strettamente connessi, avendo ad oggetto il tema del danno risarcibile nel caso di abusivo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione – sono fondati nei termini in cui si viene a dire.

4. La questione di fondo che pone la presente controversia è puntualmente evidenziata nella citata ordinanza interlocutoria della Sezione Lavoro che richiama le indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione Europea (in particolare la sentenza del 7 settembre 2006, proc. C-53/04, M. e S., emessa a seguito di rinvio pregiudiziale disposto in primo grado, proprio nell'ambito del giudizio in esame) circa l'astratta compatibilità della normativa interna – preclusiva della costituzione del rapporto a tempo indeterminato per i contratti a termine abusivi alle dipendenze di una pubblica amministrazione – purché sia assicurata altra misura effettiva, proporzionata, dissuasiva ed equivalente a quelle previste nell'ordinamento interno per situazioni analoghe.

Nell'ordinanza interlocutoria si evidenzia che la Corte territoriale ha ritenuto di individuare nella disciplina di cui alla l. n. 300 del 1970, art. 18, commi 4 e 5, (nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dalla l. 28 giugno 2012, n. 92) il parametro di riferimento più idoneo a garantire una tutela effettiva e dissuasiva. Nondimeno – si osserva nell'ordinanza – questa Corte si è già pronunciata in diverse occasioni sulla questione controversa dell'individuazione del criterio di liquidazione del danno *ex* art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001, in un caso (Cass., sez. lav., 21 agosto 2013, n. 19371) ancorando la determinazione del risarcimento alla l. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, commi 5 e 7, a prescindere dalla prova concreta di un danno, trattandosi di indennità forfetizzata e omnicomprensiva per i danni causati dalla nullità del termine; in altro caso (Cass., sez. lav., 30 dicembre 2014, n. 27481, condivisa da Cass., sez. lav., 3 luglio 2015, n. 13655) utilizzando come criterio di liquidazione quello indicato dalla l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8, sempre a prescindere dalla prova concreta del danno, ma in virtù dell'elaborazione di un'autonoma figura di danno ("danno comunitario"), da intendere come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro.

5. La questione controversa, così delimitata, chiama in causa la normativa del lavoro a tempo determinato alle dipendenze di enti pubblici non economici nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, la quale, pur articolata in varie disposizioni mutate nel tempo, si è mossa costantemente lungo una direttrice di fondo segnata dall'esigenza costituzionale di conformità al canone espresso dall'art. 97 Cost., ult. comma, che prescrive che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge. Canone questo che costituisce proiezione del principio di eguaglianza che vuole che tutti, secondo capacità e merito valutati per il tramite di una procedura di concorso, possono accedere all'impiego pubblico e che all'opposto non consente l'accesso in molo stabile per altra via, tanto più se segnata da illegalità.

Essendosi sempre dovuta confrontare con questo principio, la disciplina del lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, pur in un quadro di tendenziale unitarietà, è risultata connotata da questo elemento differenziale rispetto a quella del lavoro privato dove non vige un simmetrico principio di accesso all'impiego privato stabile mediante procedura di concorso.

Già il d.lgs. 29 marzo 1993, n. 29, art. 36, comma 4, nel testo modificato dal d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546, art. 7 – in occasione della c.d. prima privatizzazione del lavoro pubblico – pur in un contesto di radicale riforma tendente ad avvicinare la disciplina di quest'ultimo a quella del lavoro privato, non di meno dettava una regola molto rigida: poneva il divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato per prestazioni superiori a tre mesi, salve disposizioni speciali per settori particolari (come quello del personale della scuola), e stabiliva che le assunzioni effettuate in violazione di tale divieto erano nulle di pieno diritto ed inoltre determinavano responsabilità personali, patrimoniali e disciplinari a carico di chi le aveva disposte.

Successivamente il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 22, comma 8, – in occasione della c.d. seconda privatizzazione del pubblico impiego – ha da una parte ribadito che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. D'altra parte qualificando l'illegittimità come fattispecie anche di illiceità, così andando al di là della sola invalidità per nullità sancita dal d.lgs. n. 29 del 1993, art. 36, comma 4, cit. - ha previsto che il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative; ciò che si verifica per essere stato egli illegittimamente impiegato a tempo determinato. Ed ha aggiunto, come effetto collaterale in chiave sanzionatoria, che le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.

Analoga disciplina si rinviene nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 36; disposizione questa che ha avuto varie formulazione – essendo stata sostituita dapprima dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma 79, e poi dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, art. 49, – ma che è rimasta invariata in due aspetti che sono fondamen-

tali al fine del decidere la questione in esame e che si ritrovavano già nel d.lgs. n. 80 del 1998, art. 22, cit.: da una parte la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori ad opera delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni; d'altra parte il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.

Il presupposto legittimante il ricorso a forme di lavoro flessibile, quale quelle del contratto a tempo determinato, che già la l. 9 marzo 2006, n. 80, art. 4, aveva ancorato ad "esigenze temporanee ed eccezionali" delle pubbliche amministrazioni, è confermato negli stessi termini dal secondo comma dell'art. 36 cit., come sostituto dalla l. n. 80 del 2006, art. 49: solo per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego. Ed anzi - precisa il medesimo art. 36, comma 3, così riformulato - al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, le pubbliche amministrazioni non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

L'interpretazione assolutamente prevalente ha escluso che tale disposizione (l'art. 36 cit.), proprio perché speciale, sia stata abrogata per effetto dell'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, di attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dalle organizzazioni intercategoriali a carattere generale UNICE (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea), CEEP (Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica) e CES (Confederazione europea dei sindacati). E da ultimo tale interpretazione ha ricevuto una conferma testuale nel d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, art. 29, comma 4, che, nell'ambito del riordino della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, ha sancito espressamente che resta fermo quanto disposto dal d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36.

Ripetuto è quindi il principio affermato dalla giurisprudenza (*ex plurimis* Cass., sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350) secondo cui nel pubblico impiego un rapporto di lavoro a tempo determinato in violazione di legge non è suscettibile di conversione in rapporto a tempo indeterminato, stante il divieto posto dal d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, il cui disposto non è stato modificato dal d.lgs. n. 368 del 2001, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato; ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, essendo preclusa la conversione del rapporto, sussiste solo il diritto al risarcimento dei darmi subiti.

6. Al contorno di questi due principi – per cui da una parte la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori a termine, ad opera delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni e d'altra parte il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative (art. 36, comma 5, cit.) stanno varie norme che segnano il contesto in cui questi principi operano e che recano prescrizioni di vario tipo dirette a presidiare l'esatta osservanza delle disposizioni in materia di contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni.

Innanzi tutto – prescrive lo stesso d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.

La l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma 79, (legge finanziaria 2008), nel riformulare l'art. 36 cit. aveva aggiunto, al sesto comma, la prescrizione per cui le amministrazioni pubbliche che operavano in violazione delle prescrizioni della stessa disposizione non potevano effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo a tale violazione.

Successivamente la l. 6 agosto 2008, n. 133, art. 49, di conversione in legge del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, nel riformulare ulteriormente l'art. 36 cit., ha aggiunto che i dirigenti che operano in violazione delle prescrizioni della medesima disposizione sono responsabili anche ai sensi dell'art. 21, dello stesso d.l., e che di tali violazioni si sarebbe tenuto conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, art. 5.

Ancora più recentemente nel d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, sono stati introdotti due commi (commi 5 ter e 5 quater) dal d.l. 31 agosto 2013, n. 101, art. 4, comma 1, lett. b), conv. dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, che – nel ribadire che le disposizioni del d.lgs. n. 368 del 2001, si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato ed il diritto al risarcimento per il dipendente – hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale; ed hanno confermato la responsabilità dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di legge aggiungendo che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

In sintesi, da una parte il divieto, per le pubbliche amministrazioni, di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato è rimasto come una costante più volte ribadita dal legislatore sicché non può predicarsi la conversione del

rapporto quale "sanzione" dell'illegittima apposizione del termine al rapporto di lavoro o comunque dell'illegittimo ricorso a tale fattispecie contrattuale. D'altra parte il rispetto della normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato è risultato essere presidiato – oltre che dall'obbligo di risarcimento del danno in favore del dipendente – anche da disposizioni al contorno che fanno perno soprattutto sulla responsabilità, anche patrimoniale, del dirigente cui sia ascrivibile l'illegittimo ricorso al contratto a termine.

Sicché può dirsi che l'ordinamento giuridico prevede, nel complesso, "misure energiche" (come richiesto dalla Corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2014, C-22/13 ss., Mascolo), fortemente dissuasive, per contrastare l'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato; ciò assicura la piena compatibilità comunitaria, sotto tale profilo, della disciplina nazionale.

7. Il profilo comunitario della questione in esame è centrato essenzialmente nel citato accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE (Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato). Tale direttiva ha dato attuazione all'accordo quadro tra le associazioni sindacali comunitarie al dichiarato fine di prevenire le discriminazioni e gli abusi del ricorso al contratto a tempo determinato e non già di dettare una normativa comunitaria per tale tipologia di rapporto di lavoro che avrebbe ecceduto le competenze comunitarie. Si tratta di una direttiva "obiettivo", quindi non autoapplicativa: al punto 15 del preambolo è detto chiaramente che la direttiva vincola gli Stati membri quanto all'obiettivo da raggiungere, ma lascia agli stessi la scelta della forma e dei mezzi.

L'obiettivo è quello di uno standard uniforme di tutele del lavoratore per prevenire le discrizionazioni e l'abuso del ricorso al contratto a termine.

Innanzi tutto la clausola 3 fissa il principio della necessaria identificazione delle "condizioni oggettive". Essendo il contratto a tempo indeterminato la fattispecie normale di rapporto di lavoro, il ricorso al contratto a termine deve essere giustificato da "condizioni oggettive". La clausola considera come condizione oggettiva legittimante il ricorso al contratto a termine, oltre al completamento di un compito specifico o al verificarsi di un evento specifico, anche il solo raggiungimento di una certa data.

La clausola 4 pone il principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, mitigato dal concorrente principio del *pro rata temporis*.

La clausola 8.3 pone la regola di non regresso per cui, in sede di attuazione della direttiva, non è possibile ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo (talché essenzialmente in ragione della ineludibile compatibilità con tale prescrizione comunitaria è risultata inammissibile l'iniziativa referendaria diretta a "liberalizzare" il contratto a termine: Corte cost. n. 41 del 2000 che ha dichiarato inammissibile, in quanto avente ad oggetto disposizioni la cui abrogazione avrebbe esposto lo Stato italiano a responsabilità nei confronti della Comunità europea, la richiesta di referendum abrogativo riguardante la l. 18 aprile 1962, n. 230).

Ma quella che maggiormente interessa al fine di decidere la presente controversia è la clausola 5 che prevede misure di prevenzione degli abusi. Il riferimento è alla successione di contratti a termine che possa qualificarsi come abuso. La clausola indica alternativamente le misure idonee a prevenire gli abusi: a) prescrizione di ragioni obiettive per il rinnovo; b) durata massima dei contratti a termine; c) numero massimo dei rinnovi. La clausola è comunque elastica perché consente "misure equivalenti" ad una di queste appena indicate.

In base a tale clausola, allo scopo di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, tranne che non vi siano ragioni obiettive che giustifichino il rinnovo di tali contratti, sono tenuti ad introdurre una o più misure attuative della prevenzione degli abusi, fissando la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi o il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. Ma possono anche introdurre altre prescrizioni parimenti orientate alla prevenzione degli abusi purché siano qualificabili come "norme equivalenti". Altresì – aggiunge la medesima clausola è possibile una differenziazione che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, così coonestando la compatibilità comunitaria di discipline differenziate quale quella, nell'ordinamento italiano, dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

La clausola 5 nulla dice quanto alle conseguenze dell'eventuale abuso la cui disciplina pertanto è interamente rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale in un ampio e non definito spettro di alternative. La prevenzione dell'abuso implica una reazione con connotazioni, in senso lato, sanzionatorie dell'abuso stesso. Ma queste possono essere, in ipotesi, l'attribuzione di una ragione di risarcimento del danno oppure la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato oppure entrambe. Si potrebbero ipotizzare anche sanzioni amministrative oppure, ibridando il profilo risarcitorio con quello sanzionatorio, potrebbero configurarsi "danni punitivi". Lo spettro è ampio ed ampia è la discrezionalità del legislatore nazionale vincolato solo al parametro delle "misure equivalenti": al fine della compatibilità comunitaria la reazione "sanzionatoria" dell'ordinamento interno deve avere una forza dissuasiva non inferiore alle misure di prevenzione degli abusi previste dalla clausola 5 cit.

8. In attuazione della direttiva è stato emanato il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), che ha dettato la nuova disciplina del contratto a termine in conformità alla direttiva (prima del d.lgs. n. 81 del 2015).

In particolare in attuazione della clausola 3 del suddetto accordo quadro l'art. 1 ha posto la prescrizione generale secondo cui è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. La giurisprudenza ha poi chiarito, in via interpretativa, le conseguenze della violazione dell'art. 1 a partire da Cass., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985, che, con riferimento appunto alla fattispecie dell'insussistenza delle ragioni giustificative del termine, ha affermato che, pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza di tali ragioni, si ha che, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione del d.lgs. n. 368 del 2001, art. 1, nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE, l'illegittimità del termine e la nullità della clausola di apposizione dello stesso comportano l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (id est: conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato).

In attuazione della clausola 4, l'art. 6 ha fissato il principio di non discriminazione rispetto al lavoratore a tempo indeterminato prevedendo che al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine.

Ciò che però maggiormente rileva in causa è l'attuazione della clausola 5 dell'accordo quadro alla quale possono riferirsi gli artt. 4 e 5, rispettivamente sulla disciplina della proroga e sulla successione di contratti a termine; disposizioni dirette appunto a contrastare l'abusivo ricorso al contratto a termine come richiesto dalla clausola 5 dell'accordo quadro.

Da una pane l'art. 4, poi modificato dal d.l. 20 marzo 2014, n. 34, art. 1, comma 1, lett. b), conv, in l. 16 maggio 2014, n. 78, ha previsto che il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi la proroga è ammessa una sola volta e a condizione che sia richiesta da ragioni oggettive, il cui onere probatorio è a carico del datore di lavoro, e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Da ultimo è stata introdotta la durata complessiva del rapporto a termine che non potrà essere superiore ai tre anni e il cui superamento costituisce un chiaro indice della fattispecie dell'abuso del ricorso al contratto a termine rispetto alla mera illegittimità dell'apposizione del termine al contratto di lavoro (limite poi confermato dal d.lgs. n. 81 del 2015, art. 19, comma 1).

D'altra parte l'art. 5 ha posto una serie di limitazioni alla successione di rapporti a termine prevedendo la conversione del rapporto. Ha stabilito che se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini.

Parimenti si considera a tempo indeterminato il secondo contratto qualora il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi. Se invece due assunzioni successive a termine sono senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto.

Il cit. d.lgs. n. 368 del 2001, è stato modificato più volte, da ultimo – prima della sua abrogazione ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015, (con ulteriormente nuova disciplina della materia) – ad opera del d.l. n. 34 del 2014, conv. in l. n. 78 del 2014. Ma nel complesso rimane l'attuazione delle tre clausole dell'accordo quadro suddetto, seppur con contenuti in parte variati. In particolare la fattispecie dell'abuso (clausola 5 dell'accordo quadro e d.lgs. n. 368 del 2001, art. 5) - inteso come successione di contratti a termine in violazione dei limiti di legge, che è fattispecie "aggravata" rispetto alla mera illegittimità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro – viene precisata meglio con l'introduzione del d.lgs. n. 368 del 2001, art. 5, comma 4-*bis*.

Disposizione questa che tipizzando un'ipotesi di abuso del ricorso reiterato a contratti a termine (poi confermata dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, art. 19, comma 2, nel nuovo regime del lavoro a tempo determinato) ha previsto che, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato.

L'abusivo ricorso al contratto a termine - ed anzi, più in generale, l'illegittimo ricorso al contratto a termine - è fonte di danno risarcibile per il lavoratore che abbia reso la sua prestazione lavorativa in questa condizione di illegalità. Ma, quando il risarcimento del danno si accompagna alla conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato, il risarcimento del danno è contenuto nella misura fissata dalla l. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, comma 5, che prevede che, in tal caso, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8.

Quando poi il legislatore con il cit. d.lgs. n. 81 del 2015, ha ridisciplinato la materia, ha riformulato (all'art. 28) la norma sul risarcimento del danno in termini sostanzialmente analoghi, ribadendo che l'indennità spettante al lavoratore ristora per intero il pregiudizio subito dallo stesso, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.

Nel complesso può dirsi soddisfatta l'esigenza di misure di contrasto dell'abusivo ricorso al termine nei contratti di lavoro, che siano non solo proporzionate, ma anche sufficientemente effettive e dissuasive, esigenza quale si ricava dalla normativa europea nella ricostruzione operatane dalla Corte di giustizia.

9. Rimane però che la reazione dell'ordinamento giuridico all'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato è, nel lavoro pubblico contrattualizzato, differenziata rispetto a quella nel rapporto di lavoro privato dove è prevista, secondo l'interpretazione di questa Corte, la conversione del rapporto in caso di violazione delle prescrizioni imperative sia della l. 18 aprile 1962, n. 230, (cfr. già Cass., sez. lav., 4 settembre 1981 n. 5046) sia del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (cfr. *ex plurimis* Cass., sez. lav. 23 agosto 2006 n. 18378), oltre al risarcimento del danno che però da ultimo la cit. l. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, comma 5, ha fissato, sostanzialmente limitandolo, in un'indennità compensativa nei termini già sopra indicati, che si applica anche ai fatti pregressi, salvo l'eventuale giudicato.

Quindi vi è una disciplina differenziata tra pubblico e privato che pone un problema di compatibilità sia, nell'ordinamento interno, con il principio di eguaglianza sia nell'ordinamento sovranazionale, con la disciplina comunitaria. Però può ritenersi per quanto si viene ora a dire – che la questione, nei suoi due profili interno (di costituzionalità) ed europeo (di compatibilità comunitaria), è stata risolta rispettivamente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e da quella della Corte di giustizia.

10. La Corte costituzionale (sent. 27 marzo 2003, n. 89) ha ritenuto che la disposizione in esame (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36), per la parte in cui non consente, a differenza di quanto accade nel rapporto di lavoro privato, che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori possa dar luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, non viola gli artt. 3 e 97 Cost.. È, infatti, giustificata la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di quelle disposizioni conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, dato che il principio dell'accesso mediante concorso – enunciato dall'art. 97 Cost., a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione rende non omogeneo il rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto alle dipendenze di datori privati.

In particolare nella cit. pronuncia la Corte ha enunciato, come criterio generale, che "...il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello... dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97 Cost., comma 3". Ed ha sottolineato che "l'esistenza di tale principio, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97 della Costituzione, di per sè rende palese la non omogeneità – sotto l'aspetto considerato delle situazioni poste a confronto dal rimettente e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati". In termini inequivocabili la Corte ha quindi escluso, sotto questo profilo, l'esigenza di uniformità di trattamento rispetto alla disciplina dell'impiego privato, cui il principio del concorso è del tutto estraneo.

Anche la successiva giurisprudenza costituzionale ha ribadito il principio del pubblico concorso, quale mezzo ordinario e generale di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, principio che risponde alla finalità di assicurare "il buon andamento e l'efficacia dell'Amministrazione", valori presidiati dall'art. 97 Cost., commi 1 e 3, (sentenze n. 190 del 2005, n. 205 e n. 34 del 2004 e n. 1 del 1999).

A tale principio il legislatore può derogare solo in casi eccezionali (sentenze n. 320 del 1997, n. 205 del 1996). Secondo il consolidato orientamento della Corte, le deroghe alla regola del pubblico concorso sono sottoposte ad un vaglio di ragionevolezza della scelta operata dal legislatore (sentenze n. 213 e n. 150 del 2010); devono necessariamente essere conformi a peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico (sentenza n. 81 del 2006); infine, devono essere delimitate in modo rigoroso (sentenze n. 9 del 2010, n.

363 del 2006 e n. 194 del 2002). Cfr. più recentemente sent. 299 del 2013 secondo cui "la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico è stata delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle" (conf. sentenze n. 52 del 2011 e n. 195 del 2010).

Oltre al rispetto del parametro diretto costituito dal principio di eguaglianza la Corte (ord. 206 del 2013, sent. n. 89 del 2003) ha avuto modo di verificare anche che la previsione generale, applicabile a tutto il pubblico impiego, del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, secondo cui la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la instaurazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, non confligga con il parametro interposto, ex art. 117 Cost., comma 1, della normativa comunitaria.

Infatti le norme comunitarie possono costituire elementi integrativi del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost., comma 1, quando siano prive di effetto diretto; circostanza questa che ricorre per la clausola 5 del menzionato accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE, come già rilevato dalla Corte di giustizia (sentenza 15 aprile 2008, C268/06) e dalla stessa Corte costituzionale (sent. 267 del 2013).

Solo per il precariato dei docenti della scuola pubblica, per il quale trova applicazione una disciplina ulteriormente speciale rispetto a quella ora in esame, la Corte (ord. n. 207 del 2013) ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea in via pregiudiziale la questione interpretativa della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro suddetto con riferimento alla speciale disciplina - che qui non rileva - delle supplenze annuali.

Con riguardo poi al profilo del risarcimento del danno in ragione dell'illegittima apposizione del termine la Corte (sent. n. 303 del 2011) ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della l. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, commi 5, 6 e 7, sollevata in particolare nella parte in cui il comma 5, stabilisce che, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il risarcimento del lavoratore illegittimamente estromesso alla scadenza del termine dev'essere ragguagliato ad una indennità onnicomprensiva da liquidare tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, alla stregua dei criteri dettati dalla l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8; indennità onnicomprensiva che – osserva la Corte – "assume una chiara valenza sanzionatoria" essendo dovuta in ogni caso, anche in mancanza di danno e di offerta della prestazione. Nello stesso tempo però – in ragione di quello che la Corte ritiene un "equilibrato componimento dei contrapposti interessi" – è assicurato al datore di lavoro la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso.

La l. 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 13, ha poi offerto l'interpretazione autentica dell'art. 32, comma 5, cit. chiarendo che l'indennità risarcitoria suddetta limita l'ammontare del risarcimento del danno dovuto a seguito della illegittima apposizione del termine ad un contratto di lavoro fissandolo nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e disponendo che esso ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro. La questione di costituzionalità di tale norma di interpretazione autentica è stata ritenuta non fondata da Corte cost. n. 226 del 2014 anche con riferimento alla sua compatibilità, a livello di ordinamento comunitario, con l'accordo quadro suddetto.

Ha posto in rilievo la Corte come la scelta di prevedere un'indennità forfettaria proporzionata risponda all'esigenza di "tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente". Inoltre – ha sottolineato la Corte – la clausola 8.3 dell'accordo quadro, nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, non preclude in via generale modifiche che possano essere ritenute peggiorative del trattamento dei lavoratori a tempo determinato allorché attraverso di esse il legislatore nazionale persegua obiettivi diversi dalla attuazione dell'accordo quadro.

Peraltro, la stessa Corte ha affermato a più riprese che "la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale" (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991).

C'è comunque – ha ulteriormente rilevato la Corte – che il ricorso ai criteri indicati dalla l. n. 604 del 1966, art. 8, consente di calibrare l'importo dell'indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende, come la durata del contratto a tempo determinato (evocata dal criterio dell'anzianità lavorativa), la gravità della violazione e la tempestività della reazione del lavoratore (sussumibili sotto l'indicatore

del comportamento delle parti), lo sfruttamento di occasioni di lavoro (e di guadagno) altrimenti inattingibili in caso di prosecuzione del rapporto (riconducibile al parametro delle condizioni delle parti), nonché le stesse dimensioni dell'impresa (immediatamente misurabili attraverso il numero dei dipendenti).

11. Alla giurisprudenza costituzionale si affianca, quanto alla compatibilità della disciplina interna con la normativa comunitaria, quella della Corte di giustizia dell'Unione Europea. La quale, dopo aver precisato che la menzionata direttiva si applica anche ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi dalle pubbliche amministrazioni, ha pure ribadito, in più pronunce, che la citata clausola 5, punto 1), dell'accordo quadro, non è autoapplicativa non essendo sufficientemente precisa sicché non può essere direttamente invocata davanti ad un giudice nazionale (sentenza 15 aprile 2008, in causa C-268/06, Impact, e sentenza 23 aprile 2009, in cause da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki; cfr. anche ordinanza 1 ottobre 2010 (in causa C3/10, Affatato) e sentenza 26 gennaio 2012 (in causa C-586/10, Kucuk). E parimenti ha ritenuto la compatibilità comunitaria dello speciale regime del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, quanto alla prescrizione secondo cui la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni. La Corte di giustizia ha ritenuto che la direttiva 1999/70/CE e l'accordo quadro ad essa allegato devono essere interpretati nel senso che essi si applicano ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico (sentenze 8 settembre 2011, in causa C-177/10, Rosado Santana; 7 settembre 2006, in causa C-53/04, Marrosu e Sardino; 4 luglio 2006, in causa C-212/04, Adeneler).

Le pronunce della Corte però contengono anche una sorta di riserva, espressa con riferimento al contesto normativo complessivo in cui si inserisce la preclusione alla conversione del rapporto che sconta l'interpretazione del diritto interno da parte dei giudici nazionali:

- la compatibilità comunitaria del regime differenziato per i dipendenti a termine delle pubbliche amministrazioni quanto alla preclusione che non consente la conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato deve comunque rispettare il principio dell'equivalenza e quello dell'effettività e dissuasività della reazione dell'ordinamento interno a situazioni di abuso nel ricorso al contratto a termine e quindi della tutela approntata in favore del dipendente pubblico.

In particolare la Corte di giustizia nell'ordinanza 12 dicembre 2013, Papalia, C50/13, che richiama precedenti enunciati della stessa Corte (cfr. sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04; del 7 settembre 2006, M. e S., C-53/04; Vassallo, C-180/04, e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., C-378/07; nonché ordinanze del 12 giugno 2008, Vassilakis e a., C-364/07; del 24 aprile 2009, Koukou, C-519/08; del 23 novembre 2009, Lagoudakis e a., da C-162/08, e del 1 ottobre 2010, Affatato, C-3/10) ha ribadito che la clausola 5 dell'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato. La direttiva del 1999 non contempla alcuna ipotesi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato così "lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia". Neppure la direttiva contiene una disciplina generale del contratto a tempo determinato, ma pone principi specifici che, per gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, valgono come obiettivi da raggiungere ed attuare, tra cui appunto il principio di contrasto dell'abuso del datore di lavoro, privato o pubblico, nella successione di contratti a tempo determinato (clausola 5). Questa è la portata dell'accordo quadro e segnatamente della sua clausola 5; precisa infatti la Corte di giustizia (7 settembre 2006, M. e S., C-53/04, cit.) che "l'obiettivo di quest'ultimo è quello di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato".

Quindi il legislatore nazionale avrebbe anche potuto non prevedere in alcun caso – né nel settore pubblico nè in quello privato – la conversione del rapporto consistente in una successione di contratti a termine connotata dal carattere dell'abusività e sanzionare tale abuso con altre misure diversamente dissuasive e parimenti efficaci.

In questa discrezionalità rientra anche un assetto – quale quello vigente nel nostro ordinamento giuridico – che distingue tra pubblico e privato in ragione di precisi vincoli costituzionali per il legislatore ordinario. La Corte di giustizia sul punto è categorica ed inequivoca: "la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico" (7 settembre 2006, M. e S., C-53/04, cit.), potendo sussistere "ragioni obiettive" che giustificano lo scostamento dell'ordinamento nazionale dai principi da essa stabiliti.

Quindi la compatibilità comunitaria di un regime differenziato pubblico/privato è un punto fermo, che si aggiunge alla compatibilità interna con il canone costituzionale del principio di eguaglianza (Corte cost. n. 89/2003, cit.).

12. Muovendo dalla considerazione che la giurisprudenza della Corte costituzionale, da una parte, e quella della Corte di giustizia, dall'altra, consentono di ritenere verificata la compatibilità costituzionale e comunitaria del regime differenziato del contratto a termine nel pubblico impiego, connotato com'è dalla previsione del pubblico concorso per l'accesso all'impiego e quindi dal divieto di conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato, c'è ora da esaminare – per misurare il grado di effettività della tutela del lavoratore – il profilo del risarcimento del danno in caso di illegittimo o abusivo ricorso al contratto a termine: occorre interrogarsi su cosa si intende per danno risarcibile d.lgs. n. 165 del 2001 cit. *ex* art. 36, comma 5.

La norma non aggiunge altro e quindi deve farsi riferimento alla regola generale della responsabilità contrattuale posta dall'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno deve comprendere così la perdita subita, nella specie dal lavoratore, come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

Innanzi tutto – per quanto finora si è detto sull'obbligo del concorso pubblico e sul conseguente divieto di conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato nel caso di rapporto con pubbliche amministrazioni – va precisato che fuori dal risarcimento del danno è la mancata conversione del rapporto. Questa è esclusa per legge e tale esclusione – si è appena detto – è legittima sia secondo i parametri costituzionali (v. sopra sub 10) che quelli europei (v. sopra sub 11). Non ci può essere risarcimento del danno per il fatto che la norma non preveda un effetto favorevole per il lavoratore a fronte di una violazione di norme imperative da parte delle pubbliche amministrazioni. Quindi il danno non è la perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato perché una tale prospettiva non c'è mai stata: in nessun caso il rapporto di lavoro a termine si potrebbe convertire in rapporto a tempo indeterminato perché l'accesso al pubblico impiego non può avvenire – invece che tramite di concorso pubblico – quale effetto, sia pur in chiave sanzionatoria, di una situazione di illegalità.

Lo stesso art. 36, comma 5, cit., definisce il danno risarcibile come derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative e non già come derivante dalla perdita di un posto di lavoro. Se la pubblica amministrazione non avesse fatto illegittimo ricorso al contratto a termine, non per questo il lavoratore sarebbe stato assunto a tempo indeterminato senza concorso pubblico.

L'ipotizzata legittima azione della pubblica amministrazione esclude sì l'illegittimo ricorso al contratto a termine, ma esclude anche, per rimanere in un'ipotesi ricostruttiva controfattuale secundum ius, che possa predicarsi l'assunzione in ruolo in violazione dell'obbligo del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego a tempo indeterminato. Ossia se l'Amministrazione pubblica avesse agito legittimamente non commettendo l'abuso, non avrebbe posto in essere la sequenza di contratti a termine in violazione di legge e il lavoratore non sarebbe stato affatto assunto.

Non c'è quindi un danno da mancata conversione del rapporto e quindi da perdita del posto di lavoro.

13. Il danno è altro.

Il lavoratore, che abbia reso una prestazione lavorativa a termine in una situazione di ipotizzata illegittimità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro o, più in generale, di abuso del ricorso a tale fattispecie contrattuale, essenzialmente in ipotesi di proroga, rinnovo o ripetuta reiterazione *contra legem*, subisce gli effetti pregiudizievoli che, come danno patrimoniale, possono variamente configurarsi.

Si può soprattutto ipotizzare una perdita di chance nel senso che, se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore, che si duole dell'illegittimo ricorso al contratto a termine, avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore. Le energie lavorative del dipendente sarebbero state liberate verso altri impieghi possibili ed in ipotesi verso un impiego alternativo a tempo indeterminato. Il lavoratore che subisce l'illegittima apposizione del termine o, più in particolare, l'abuso della successione di contratti a termine rimane confinato in una situazione di precarizzazione e perde la chance di conseguire, con percorso alternativo, l'assunzione mediante concorso nel pubblico impiego o la costituzione di un ordinario rapporto di lavoro privatistico a tempo indeterminato.

L'evenienza ordinaria è la perdita di chance risarcibile come danno patrimoniale nella misura in cui l'illegittimo (soprattutto se prolungato) impiego a termine abbia fatto perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile.

Ma non può escludersi che una prolungata precarizzazione per anni possa aver inflitto al lavoratore un pregiudizio che va anche al di là della mera perdita di chance di un'occupazione migliore.

In ogni caso l'onere probatorio di tale danno grava interamente sul lavoratore. Pur potendo operare il regime delle presunzioni semplici (art. 2729 c.c.), però indubbiamente il danno – una volta escluso che possa consistere nella perdita del posto di lavoro occupato a termine – può essere in concreto di difficile prova; di qui il monito della Corte di giustizia con riferimento all'ipotesi dell'abuso del ricorso al contratto a termine.

Occorre allora un'operazione di integrazione in via interpretativa, orientata dalla conformità comunitaria, che valga a dare maggiore consistenza ed effettività al danno risarcibile. Ed è ciò che ha fatto la giurisprudenza di questa Corte pervenendo però a conclusioni non univoche (di cui si è detto sub 4).

14. Si è sottolineato sopra – all'esito della ricostruzione del quadro normativo di riferimento nell'ordi-

namento interno – che sono previste, nel complesso, "misure energiche" fortemente dissuasive per contrastare l'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato.

Ma il pur forte carattere dissuasivo di queste misure (sia quella risarcitoria, sia quelle di indiretto presidio della legalità dell'azione dell'Amministrazione pubblica) secondo in particolare la ordinanza 12 dicembre 2013, Papalia, C-50/13 della Corte di giustizia – non è sufficiente per assicurare il rispetto della clausola 5 del cit. accordo quadro ove il lavoratore, "il quale desideri ottenere il risarcimento del danno sofferto, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non goda di nessuna presunzione d'esistenza di un danno e, di conseguenza, debba dimostrare concretamente il medesimo" (così la censura del giudice rimettente che la Corte di giustizia mostra di condividere). La Corte riconosce che "spetta al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, valutare in che misura le disposizioni di tale diritto miranti a punire il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato rispettino i principi di effettività ed equivalenza". Ma c'è un monito ben preciso: la clausola 5 dell'accordo quadro osta a "una normativa nazionale..., la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.

15. È questo uno snodo decisivo della questione portata all'esame di queste sezioni unite.

A livello di normativa interna la prova del danno grava sul lavoratore che eserciti in giudizio la pretesa risarcitoria regolata dalla disciplina codicistica (art. 1223 c.c.). La circostanza che effettivamente il lavoratore abbia difficoltà a provare il danno subito, che consiste essenzialmente nella perdita di chance di un'occupazione migliore, costituisce un inconveniente di mero fatto che non mina la legittimità – si ripete, a livello interno – di tale normativa applicata a questa fattispecie.

Se però ci si sposta a livello comunitario, la situazione è differente ed è tale in ragione proprio del ricordato monito della giurisprudenza della Corte di giustizia: la difficoltà della prova non può dirsi che costituisca un inconveniente di mero fatto, ma in caso di abusivo ricorso al contratto a termine che va prevenuto con misure equivalenti, di efficacia non inferiore a quelle previste dalla clausola 5 del citato accordo quadro - ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria e quindi in violazione di quest'ultima; la quale, per essere (pacificamente) non autoapplicativa, opererebbe non di meno come parametro interposto ex art. 117 Cost., comma 1, e potrebbe inficiare la legittimità costituzionale della norma interna (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5) che tale pretesa risarcitoria disciplina in termini comunitariamente inadeguati nel caso di abuso nella successione di contratti a termine.

16. Ma prima di sollevare l'incidente di costituzionalità – e come condizione preliminare di ammissibilità – c'è da sperimentare la possibilità di un'interpretazione adeguatrice che, con riferimento all'ipotesi dell'abuso, che costituisce una illegittimità qualificata, consenta di rinvenire nell'ordinamento nazionale un regime risarcitorio di tale abuso che soddisfi quell'esigenza di tutela del lavoratore evidenziata dalla Corte di giustizia.

L'interpretazione adeguatrice, orientata alla conformità costituzionale della normativa ordinaria, si muove comunque nel perimetro delle interpretazioni plausibili e non svincola del tutto il giudice dal dato positivo della norma interpretata. Sussiste – si è osservato – un limite all'interpretazione adeguatrice al di là della quale c'è solo l'incidente di costituzionalità (cfr., in altra materia, Corte cost. n. 77 del 2007).

Ed allora la verifica di una disciplina comunitariamente adeguata va ricercata – e, se rinvenuta, non c'è necessità di sollevare la questione di costituzionalità che risulterebbe altrimenti inammissibile – in un ambito normativo omogeneo, sistematicamente coerente e strettamente contiguo, che è quello del risarcimento del danno nel rapporto a tempo determinato nel lavoro privato e non già in quella del risarcimento del danno in caso di licenziamento illegittimo in cui sia stata ordinata la reintegrazione nel posto di lavoro l. 20 maggio 1970, n. 300, ex art. 18, (Statuto dei lavoratori), né in quella di licenziamento parimenti illegittimo in cui sia stata ordinata dal giudice la riassunzione l. n. 604 del 1966, ex art. 8, e neppure in quella di licenziamento illegittimo in cui non possa essere ordinata la reintegrazione ma ci sia solo una compensazione economica (l. n. 92 del 2012, art. 1, e successivamente, per i contratti di lavoro a tutele crescenti, d.lgs. n. 23 del 2015, art. 3).

L'ipotesi del licenziamento evoca la perdita del posto di lavoro che nella fattispecie del lavoro pubblico contrattualizzato – per quanto sopra diffusamente argomentato – è esclusa in radice dalla legge ordinaria (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36 cit.) in ottemperanza di un precetto costituzionale sull'agire della pubblica

amministrazione (art. 97 Cost.) in stretta connessione con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost., comma 1). Il dipendente pubblico che subisce la precarizzazione per effetto di una successione di contratti a termine connotata da abusività non perde alcun posto di lavoro alle dipendenze dell'Amministrazione pubblica per la quale ha lavorato ed al quale non avrebbe mai avuto diritto non avendo superato il vaglio di un concorso pubblico per un posto stabile.

Il danno per il dipendente pubblico – come già rilevato – è altro:

il lavoratore a termine nel pubblico impiego, se il termine è illegittimamente apposto, perde la chance della occupazione alternativa migliore e tale è anche la connotazione intrinseca del danno, seppur più intenso, ove il termine sia illegittimo per abusiva reiterazione dei contratti.

Ma l'esigenza di conformità alla cit. direttiva del 1999 richiede di differenziare. In questo secondo caso – di abuso nella reiterazione dei contratti a termine -– occorre anche una disciplina concretamente dissuasiva che abbia, per il dipendente, la valenza di una disciplina agevolativa e di favore, la quale però non può essere ricercata nell'ambito della fattispecie del licenziamento illegittimo, perché questa implica la illegittima perdita di un posto di lavoro a tempo indeterminato, mentre la fattispecie in esame, all'opposto, esclude in radice che ci sia il mancato conseguimento di un posto di lavoro a tempo indeterminato stante la preclusione nascente dall'obbligo del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego.

La fattispecie omogenea, sistematicamente coerente e strettamente contigua, è invece quella della cit. l. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5, che prevede - per l'ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto a tempo determinato nel settore privato che "il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8" (in tal senso già Cass. 21 agosto 2013, n. 19371).

La misura dissuasiva ed il rafforzamento della tutela del lavoratore pubblico, quale richiesta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è proprio in questa agevolazione della prova da ritenersi in via di interpretazione sistematica orientata dalla necessità di conformità alla clausola 5 del più volte cit. accordo quadro: il lavoratore è esonerato dalla prova del danno nella misura in cui questo è presunto e determinato tra un minimo ed un massimo.

La trasposizione di questo canone di danno presunto esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria sì che il danno così determinato può qualificarsi come danno comunitario (così già Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481 e 3 luglio 2015, n. 13655) nel senso che vale a colmare quel deficit di tutela, ritenuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la cui mancanza esporrebbe la norma interna (art. 36, comma 5, cit.), ove applicabile nella sua sola portata testuale, ad essere in violazione della clausola 5 della direttiva e quindi ad innescare un dubbio di sua illegittimità costituzionale; essa quindi esaurisce l'esigenza di interpretazione adeguatrice. La quale si ferma qui e non si estende anche alla regola della conversione, pure prevista dall'art. 32, comma 5, cit., perché - si ripete - la mancata conversione è conseguenza di una norma legittima, che anzi rispecchia un'esigenza costituzionale, e che non consente di predicare un (inesistente) danno da mancata conversione.

In sintesi, il richiamo alla disciplina del licenziamento illegittimo, sia quella dell'art. 8 della legge n. 604/66 che dell'art. 18 della legge n. 300/1970, che altresì, in ipotesi, quella del regime indennitario in caso di contratto di lavoro a tutele crescenti (d.lgs. n. 23 del 2015, art. 3), è incongruo perché per il dipendente pubblico a termine non c'è la perdita di un posto di lavoro. Può invece farsi riferimento all'art. 32, comma 5, cit. che appunto riguarda il risarcimento del danno in caso di illegittima apposizione del termine.

17. Deve aggiungersi che solo apparentemente può sembrare che il lavoratore privato consegue – in termini di tutela approntata dall'ordinamento – qualcosa di più (la conversione del rapporto e quindi la reintegrazione nel posto di lavoro oltre all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, cit.) rispetto al lavoratore pubblico (al quale è riconosciuto solo il risarcimento del danno da quantificarsi innanzi tutto nella misura della stessa indennità risarcitoria).

In realtà così non è.

L'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, cit. ha una diversa valenza secondo che sia collegata, o no, alla conversione del rapporto.

Per il lavoratore privato l'indennizzo ex art. 32, comma 5, è in chiave di contenimento del danno risarcibile per essere – o poter essere – l'indennizzo meno del danno che potrebbe conseguire il lavoratore secondo i criteri ordinari; contenimento che è risultato essere compatibile con i parametri costituzionali degli artt. 3, 4 e 24 Cost., (Corte cost. n. 303 del 2011, cit.).

Per il lavoratore pubblico invece l'indennizzo *ex* art. 32, comma 5, è, all'opposto, in chiave agevolativa, di maggior tutela nel senso che, in quella misura, risulta assolto l'onere della prova del danno che grava sul lavoratore.

L'esigenza di interpretazione orientata alla compatibilità comunitaria, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia richiede un'adeguata reazione dell'ordinamento che assicuri effettività alla tutela del lavoratore, sì che quest'ultimo non sia gravato da un onere probatorio difficile da assolvere, comporta che è su questo piano che tale interpretazione adeguatrice

deve muoversi per ricercare dal sistema complessivo della disciplina del rapporto a tempo determinato una regola che soddisfi l'esigenza di tutela suddetta. L'indennità *ex* art. 32, comma 5, quindi, per il dipendente pubblico che subisca l'abuso del ricorso al contratto a tempo determinato ad opera di una pubblica amministrazione, va ad innestarsi, nella disciplina del rapporto, in chiave agevolativa dell'onere probatorio del danno subito e non già in chiave di contenimento di quest'ultimo, come per il lavoratore privato.

In sostanza il lavoratore pubblico – e non già il lavoratore privato – ha diritto a tutto il risarcimento del danno e, per essere agevolato nella prova (perché ciò richiede l'interpretazione comunitariamente orientata), ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria *ex* art. 32, comma 5. Ma non gli è precluso di provare che le chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno patrimoniale più elevato.

Invece il lavoratore privato non ha questa possibilità e questa restrizione è stata ritenuta costituzionalmente non illegittima (Corte cost. n. 303 del 2011, cit.) considerandosi che egli ha comunque diritto alla conversione del rapporto.

18. Per tutte le ragioni sopra esposte il ricorso va accolto avendo la Corte d'appello commisurato il danno risarcibile, spettante ai lavoratori controricorrenti, parametrandolo, invece, alla fattispecie della perdita del posto di lavoro nell'impiego privato in caso di licenziamento illegittimo.

Va conseguentemente cassata l'impugnata pronuncia con rinvio alla corte d'appello di Genova in diversa composizione che si adeguerà al seguente principio di diritto: Nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 36, comma 5, al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione con esonero dall'onere probatorio nella misura e nei limiti di cui alla l. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, comma 5, e quindi nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8.

P.Q.M.

(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – **1.** La fattispecie in sintesi. – **2.** Il quadro normativo di riferimento, sia a livello nazionale che internazionale. – **3.** Il contrasto giurisprudenziale. – **4.** Le conclusioni delle Sezioni Unite.

Premessa

La pronuncia in commento interviene nella nota questione del danno risarcibile in caso di abusivo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione. In particolare, il caso di specie concerne due lavoratori del pubblico impiego (comparto sanitario) assunti da una ASL in forza di una serie di contratti a termine reiterati in modo che si asserisce illegittimo; i lavoratori suddetti, infatti, adiscono il Tribunale di Genova onde sentir dichiarare l'illegittimità del termine apposto e la conversione del contratto da determinato in contratto indeterminato (quale misura sanzionatoria prevista per la violazione perpetrata dalla p.a.), nonché la reintegra nel posto di lavoro e la condanna del datore al versamento di un'indennità non inferiore a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto nonché al risarcimento del danno non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre all'indennità sostitutiva del preavviso.

1. La fattispecie in sintesi

I due lavoratori ricorrenti hanno adito, nel caso di specie, il Tribunale di Genova, con ricorsi separati, per chiedere l'accertamento dell'illegittimità del termine apposto ai contratti di lavoro intercorsi con l'Azienda Ospedaliera (*Omissis*) con la qualifica di operatore tecnico-cuoco, vantando in giudizio il proprio diritto alla declaratoria di instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, illegittimamente interrotto, così che essi chiedevano la reintegrazione nel posto di lavoro, la condanna del datore al versamento di un'indennità non inferiore a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto nonché al risarcimento del danno non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre all'indennità sostitutiva del preavviso. Il Tribunale di Genova ha dichiarato illegittimo l'ultimo dei contratti stipulati dai lavoratori (per mancata indicazione delle causali giustificative), condannando l'ente al risarcimento del danno, secondo quanto previsto dalla l. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, commi 4 e 5, utilizzato quale criterio di parametrazione adeguato, effettivo e dissuasivo, in linea con i parametri indicati dalla Corte di giustizia U.E..

Bisogna precisare, tuttavia, che il giudice di primo grado ha differenziato le posizioni dei lavoratori nella concreta liquidazione del danno: infatti, ad entrambi è stato riconosciuto il risarcimento nel valore minimo di cinque mensilità, mentre l'indennità sostitutiva del-

la reintegrazione è stata attribuita per intero (quindici mensilità) al solo S., in quanto quest'ultimo – dopo il rapporto a termine – non aveva più lavorato; al contrario, al sig. M. (altro lavoratore ricorrente) era stata riconosciuta un'indennità pari a dieci mensilità, poiché costui, invece, aveva trovato un'occupazione al termine dei rapporti con l'azienda ospedaliera convenuta, sia pure con minori garanzie di stabilità rispetto al servizio pubblico.

La predetta azienda ospedaliera proponeva appello avverso le sentenze emesse dal Giudice di prime cure; il giudice di secondo grado, tuttavia, respingeva l'appello osservando in particolare che la censura relativa alla mancata prova del danno da parte dei lavoratori era infondata in quanto era stato utilizzato un criterio equitativo a carattere forfetizzato e predeterminato.

L'appellante, non paga delle motivazioni appena riassunte, proponeva due distinti ricorsi per cassazione, dei quali veniamo a dare conto in questa sede, i quali sono stati poi oggetto di riunione in quanto proposti nei confronti della medesima sentenza della Corte di Appello di Genova.

2. Il quadro normativo di riferimento, sia a livello nazionale che internazionale

Al fine di comprendere al meglio la sentenza in commento appare opportuno esaminare preliminarmente il complesso e mutevole quadro normativo che disciplina la materia del lavoro a tempo determinato alle dipendenze di enti pubblici non economici nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato.

Primo ed imprescindibile punto di riferimento, è rappresentato dall'ultimo comma dell'art. 97 Cost., il quale prescrive che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge. La norma appena enunciata è una chiara espressione del principio di eguaglianza, in base al quale tutti, secondo capacità e merito valutati per il tramite di una procedura di concorso, possano accedere all'impiego pubblico; all'opposto, il nostro ordinamento non consente l'accesso in ruolo stabile per altra via, tanto più se segnata da illegalità.

Peraltro, la disciplina del lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni risulta connotata da questo elemento differenziale rispetto a quella del lavoro privato, nell'ambito del quale non vige un simmetrico principio di accesso all'impiego privato stabile mediante procedura di concorso. Le disposizioni che disciplinano la materia confermano, ovviamente, la differenza appena chiarita. Si pensi, in primo luogo, all'art. 36, comma 4, d.lgs. 29 marzo 1993 n. 29, nel testo modificato dall'art. 7 d.lgs. 23 dicembre 1993 n. 546, che poneva il divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato per prestazioni superiori a tre mesi, salve disposizioni speciali per settori particolari (come quello del personale della scuola), e stabiliva che le assunzioni effettuate in violazione di tale divieto erano nulle di pieno diritto e, inoltre, determinavano responsabilità personali, patrimoniali e disciplinari a carico di chi le aveva disposte. Ancora, l'art. 22, comma 8, del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 che ha da una parte ribadito che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione, dall'altra ha previsto che il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative; ciò che si verifica per essere stato egli illegittimamente impiegato a tempo determinato, ed ha aggiunto, come effetto collaterale in chiave sanzionatoria, che le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Analoga disciplina si rinviene nell'art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, disposizione questa che ha subito varie modifiche – essendo stata sostituita dapprima dall'art. 3, comma 79, legge 24 dicembre 2007 n. 244 e poi dall'art. 49 legge 6 agosto 2008 n. 133 – ma che è rimasta invariata in due aspetti che sono stati fondamentali poi per le sez. un. al fine di risolvere la questione in esame, e che si ritrovavano già nell'art. 22 d.lgs. 80/1998 cit.: da una parte la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori ad opera delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni; d'altra parte il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Il presupposto legittimante il ricorso a forme di lavoro flessibile, quale quelle del contratto a tempo determinato, che già l'art. 4 legge 9 marzo 2006 n. 80 aveva ancorato ad "esigenze temporanee ed eccezionali" delle pubbliche amministrazioni, è confermato negli stessi termini dal secondo comma dell'art. 36 cit., come sostituto dall'art. 49 l. n. 80/2006, secondo il quale "le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego solo per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali". Alla luce del quadro giuridico nazionale, si può affermare che nel pubblico impiego un rapporto di lavoro a tempo determinato in violazione di legge non è suscettibile di conversione in rapporto a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001. Ci si chiede, allora, quale tutela sia offerta, in questi casi, al lavoratore. Ebbene, è chiaro che in capo a quest'ultimo sussiste solo il diritto al risarcimento dei danni subiti.

Per completare la linea normativa – in un'ottica di favore verso il legislatore - recentemente nell'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001 sono stati introdotti due commi (5-*ter* e 5-*quater*) dall'art. 4, comma 1, lett. b), d.l. 31agosto 2013, n. 101, conv. dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, che hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale; ed hanno confermato la responsabilità dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di legge aggiungendo che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

In buona sostanza, il quadro normativo di riferimento consente di trarre le seguenti, parziali conclusioni:

- sussiste il divieto, per le pubbliche amministrazioni, di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato (non utilizzabile più quale "sanzione" dell'illegittima apposizione del termine al rapporto di lavoro o comunque dell'illegittimo ricorso a tale fattispecie contrattuale);
- il dipendente non solo godrà del risarcimento del danno ma sarà anche assistito da disposizioni che fanno perno soprattutto sulla responsabilità, anche patrimoniale, del dirigente cui sia ascrivibile l'illegittimo ricorso al contratto a termine.

A questo punto, è necessario dare conto della disciplina comunitaria, e, segnatamente, occorre fare riferimento all' accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva n. 1999/70/CE. Tale direttiva ha dato attuazione all'accordo quadro tra le associazioni sindacali comunitarie al fine, espressamente enunciato, di prevenire le discriminazioni e gli abusi del ricorso al contratto a tempo determinato. L'obiettivo è quello di uno standard uniforme di tutele del lavoratore per prevenire le discriminazioni e l'abuso del ricorso al contratto a termine. All'uopo tre sono i correttivi suggeriti dalla direttiva citata, ovvero: – prevedere un numero massimo di rinnovi; – prevedere una durata massima complessiva di più rapporti successivi; – infine, stabilire condizioni oggettive per il rinnovo.

La clausola comunitaria che prescrive tali misure preventive degli abusi, in quanto elastica, consente agli Stati membri l'adozione di "misure equivalenti" rimettendo la scelta alla discrezionalità di ciascun legislatore nazionale. Non è quindi previsto, a livello comunitario, alcun obbligo per gli Stati membri di convertire il contratto da determinato in indeterminato, quale sanzione del ricorso illegittimo al contratto a termine e, infatti, ne è riprova la presenza nel nostro ordinamento, come visto, di una disciplina diversificata tra lavoro pubblico contrattualizzato e rapporto di lavoro privato.

Proprio tale disciplina differenziata tra pubblico e privato ha posto un problema di compatibilità sia, nell'ordinamento interno, con il principio di eguaglianza sia, nell'ordinamento sovranazionale, con la disciplina comunitaria. In particolare ci si chiedeva se la Direttiva 1999/70/CE (art. 1 nonché clausola 1, lett. b, e clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro CES-UNICE-CEEP recepito dalla Direttiva) debba essere intesa nel senso che osti ad una disciplina interna (previgente all'attuazione della direttiva stessa) che differenzia i contratti di lavoro stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine.

Ebbene, tanto la Corte Costituzionale quanto la Corte di Giustizia hanno avuto modo di precisare che non sussiste un contrasto tra la normativa interna e la direttiva comunitaria, poiché l'accesso al pubblico impiego, come sin qui più volte ricordato, è subordinato al superamento di un pubblico concorso e, quindi, al divieto di conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato (ciò, come si dirà, incide anche sulle voci di danno che il lavoratore leso potrà far valere). Questo solo a patto che sia comunque ravvisabile dal combinato disposto delle norme nazionali una misura proporzionata, dissuasiva ed effettiva che inibisca la pratica della reiterazione di tali forme contrattuali o comunque l'illegittimo ricorso al contratto a termine. Dal principio di effettività comunitario sorge, dunque, la nozione di "danno comunitario" ossia di quel danno prodotto al lavoratore per il solo comportamento illegittimo del datore di lavoro, senza che sia necessaria un'allegazione e prova dello stesso. Un danno dunque previsto *ex lege* per la violazione delle norme che disciplinano il temporaneo (ed eccezionale) ricorso alle assunzioni a tempo determinato e che si configura come una sorta di sanzione posta a carico del datore di lavoro per il suo comportamento illegittimo. Ciò allo scopo di non privare di tutela tutti quei lavoratori che, pur avendo subito un pregiudizio rimanevano sprovvisti di tutela non riuscendo a dimostrare di essere stati lesi, in ossequio al principio dell'onere della prova.

3. Il contrasto giurisprudenziale

Quanto sin qui dedotto, è stato ormai pacificamente accolto dalla giurisprudenza e si può tranquillamente sostenere che non sia oggetto di contrasto.

Piuttosto, perplessità significative – dalle quali, infatti, ha tratto origine il pronunciamento delle Sezioni Unite – sono sorte, invece, in merito all'individuazione del mezzo di tutela più appropriato e, per l'effetto, del relativo *quantum* risarcitorio.

Secondo un primo indirizzo, il mezzo più appropriato era costituito dalle disposizioni di cui ai commi quarto e quinto dell'art. 18 della l. n. 300/70 (nella sua formulazione antecedente ala cd. Riforma Fornero).

Più precisamente, si riteneva di commisurare a *forfait* il risarcimento al valore minimo del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido (di cinque mensilità ex art. 18 comma quarto) più la misura sostitutiva della reintegra (quindici mensilità ex art. 18 comma quinto), per un totale di venti mensilità.

Un diverso orientamento, invece, riteneva che gli strumenti da utilizzare fossero, da una parte, l'art. 8, l. 604/1966, quale indennità alternativa alla conversione privatistica e, dunque, strumento di indennizzo omnicomprensivo alternativo alla riassunzione e, dall'altra, l'art. 32 commi 5 e 6, l. 183/2010, quale indennità aggiuntiva alla conversione privatistica.

La diversità delle posizioni appena illustrate, dunque, ha reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite al fine di ricercare un "parametro normativo" unitario, che non trascuri le esigenze sottese al rispetto della già menzionata direttiva 70 del 1999.

4. Le conclusioni delle Sezioni Unite

Al fine di dare soluzione al quesito proposto, le Sezioni Unite prendono in considerazione innanzitutto l'esatta nozione di danno risarcibile previsto dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 cit. La norma appena menzionata, tuttavia, appare, come verificato, per certi aspetti lacunosa e, pertanto, occorre guardare alla regola generale della responsabilità contrattuale, così come posta dall'art. 1223 c.c.. Come noto, secondo quest'ultima, il risarcimento del danno deve comprendere non solo la perdita subita, nella specie dal lavoratore, ma finanche il mancato guadagno, in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta. Trasfondendo questi principi nel caso di specie e, chiarito che in caso di rapporti con la p.a. il contratto di lavoro determinato non è convertibile in indeterminato, il danno subìto dal lavoratore non deve ravvisarsi nella perdita di un posto di lavoro a tempo indeterminato perché, in effetti, tale possibilità non si è mai presentata dinanzi al lavoratore "illegittimamente utilizzato". Infatti, quand'anche la p.a. avesse agito legittimamente non commettendo l'abuso, non avrebbe posto in essere la sequenza di contratti a termine in violazione di legge e il lavoratore non sarebbe stato affatto assunto.

Piuttosto, le Sezioni unite individuano una «disciplina comunitariamente adeguata» nelle regole per il settore privato, e in particolare nella legge n. 183/2010 che, all'articolo 32, comma 5, prevede l'indennità tra 2,5 e 12 mensilità «dell'ultima retribuzione globale di fatto» al fine di indennizzare chi è incappato nei contratti a termine illegittimi. Nel settore privato, che, come più volte precisato, prevede anche la stabilizzazione del rapporto di lavoro, la regola serve a limitare i risarcimenti, mentre secondo la Cassazione la sua estensione alla P.a. va letta «in chiave agevolativa», perché solleva il diretto interessato dall'onere della prova. A decidere poi, di volta in volta, dove collocare il risarcimento effettivo, tra il minimo di 2,5 mensilità e il massimo di 12, dovranno essere i parametri scritti nella legge n. 604/1966, che modulano l'indennizzo in base all'anzianità di servizio, alle condizioni concrete del caso e alla dimensione dell'organizzazione coinvolta.

Dario Berrino
Avvocato

Sulla validità della donazione di beni altrui.
Nota a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068

abstract

The sentence in question deals with the controversial subject of the donation of assets that do not belong to the estate of the donor, at the time of the signing of the donor stipulation.

In particular, the specific matter put to the Court relates to the ability to consider invalid not only the donation of future assets, specifically regulated, but also the donation of assets belonging to others.

keywords

Donation – Future assets and assets of others – Invalidity of the donation of the assets of others.

abstract

La sentenza in esame affronta il controverso tema della donazione avente ad oggetto beni che non appartengono al patrimonio del donante, al momento in cui è stipulata la donazione.

In particolare, la questione specifica posta alla Corte ha ad oggetto la possibilità di ritenere nulla non solo la donazione di bene futuro, espressamente regolata, ma anche la donazione beni di proprietà di terze persone.

parole chiave

Donazione – Beni futuri e beni altrui – Nullità donazione beni altrui.

Donazione – Oggetto del contratto di donazione – Beni futuri e beni altrui – Quota di bene che ricade nella massa ereditaria – Nullità donazione di beni altrui

La donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante.

Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068
Pres. Rovelli, Rel. Petitti

(Omissis)

Svolgimento del processo

M.E. adiva il Tribunale di Reggio Calabria con citazione del gennaio 1989 chiedendo che venisse: a) dichiarata aperta la successione di C.P., da devolversi secondo le norme della successione legittima per 1/4 in favore del fratello C.F., per 1/4 in favore di C.N., C.E. e C.C. (in rappresentazione di C.G., fratello di C.P.), per 1/4 in favore della sorella C.V. e per 1/4 In favore dei figli e dei discendenti dell'altra sorella C.G.; b) dichiarata aperta, altresì, la successione di C.F., da devolversi secondo le norme della successione legittima per 1/3 in favore dei figli del fratello C.G., per 1/3 in favore dei figli della sorella premorta C.V. (a lei subentrati per rappresentazione) e per 1/3 in favore dei figli e dei discendenti della sorella premorta C.G. (a lei subentrati per rappresentazione); 3) disposta la formazione delle masse ereditarie comprendendo in esse tutti i beni relitti risultanti dalle dichiarazioni di successione; 4) disposta la divisione dei beni relitti e lo scioglimento della comunione; 5) disposta la divisione per stirpi, attribuendo a ciascuna stirpe beni corrispondenti alle quote di diritto di ciascuna; 6) ordinata la formazione del progetto divisionale e gli adempimenti consequenziali. Instauratosi il contraddittorio, si costituivano le germane S.A., S.E. e S.V. (aventi causa di C.V.), le quali aderivano alla domanda di divisione e chiedevano che tra i beni da dividere fossero inclusi anche quelli oggetto della donazione fatta da C.F. al nipote C.N. con atto pubblico del 1987, deducendone la nullità per inesistenza dei beni donati nella sfera giuridica del donante, nonché che venisse ordinato a C.N. di rendere il conto della gestione degli immobili facenti parte dell'eredità di P. e di C.F.

Si costituiva anche Sc.Vi., che aderiva alla domanda di divisione, nonché i germani C.N., C.E. e C.C., i quali pur non opponendosi alla divisione, chiedevano che dalla eredità venissero detratti i beni oggetto della donazione per atto notaio Miritello del 1987.

Nel giudizio si costituivano anche i germani M.P.F.M., M.A.S.M. e M.G.R.M., figli di M.P., avente causa di C.G., aderendo alla domanda principale, nonché M.L. e Z.M.R., in qualità di eredi di M.N., quest'ultima in proprio e quale esercente la potestà sulla figlia minore M.C., che ugualmente facevano proprie le domande dell'attrice.

Nel processo interveniva la curatela del fallimenti di M.N. e Z.M.R. che, oltre a costituirsi in qualità di eredi di Ca.Lu., C.N., C.E. e C.C., ribadiva le richieste già formulate. Con sentenza non definitiva del 30 aprile 2004, il Tribunale adito dichiarava aperta la successione di C.P. e devoluta secondo le norme della successione legittima la sua eredità, nonché quella di C.F., parimenti devoluta secondo le norme della successione legittima.

Il Tribunale dichiarava, altresì, la nullità dell'atto di donazione per atto notaio Miritello del 1 ottobre 1987 e rimetteva la causa sul ruolo con separata ordinanza per il prosieguo. Avverso la sentenza non definitiva i germani C.N., C.E. e C.C., in proprio e nella qualità di eredi di Ca.Lu., censurando il capo della sentenza con cui era stata dichiarata la nullità dell'atto di donazione del 1987.

Nella resistenza di S.E., S.A., S.E. e S.V., nonché di M.P.F.M., M.A.S.M. e M.G.R.M., contumaci le restanti parti, la Corte di appello di Reggio Calabria rigettava il gravame e per l'effetto confermava integralmente la sentenza impugnata.

A sostegno della decisione adottata la Corte distrettuale evidenziava che avendo il defunto C.F. donato al nipote C.N. la nuda proprietà della sua quota (corrispondente ai 5/12 indivisi dell'intero) dei due appartamenti costituenti l'intero secondo piano del fabbricato di vecchia costruzione a sei piani sito in via (*Omissis*), dalla lettura sistematica degli artt. 769 e 771 c.c., doveva ritenersi la nullità dell'atto di donazione, potendo costituire oggetto di donazione solo ed esclusivamente i beni facenti parte del patrimonio del donante al momento in cui veniva compiuto l'atto di liberalità, tali non potendosi ritenere quelli di cui il donante era comproprietario pro indiviso di una quota ideale. Avverso tale sentenza i C. hanno proposto ricorso per cassazione, articolato su quattro motivi, al quale hanno resistito gli S. e l'originaria attrice con separati controricorsi. Con ordinanza interlocutoria n. 11545 del 2011, emessa all'esito dell'udienza del 13 febbraio 2013, la Seconda Sezione di questa Corte, disattese le eccezioni di inammissibilità formulate dai controricorrenti e ritenuto non fondato il primo motivo di ricorso, ha, in relazione al secondo, al terzo e al quarto motivo di ricorso, rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte per la eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, ravvisando nella questione oggetto del ricorso una questione di massima di particolare importanza.

Disposta la trattazione del ricorso presso queste Sezioni Unite, in vista dell'udienza del 10 marzo 2015 i ricorrenti e la controricorrente M.E. hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

Motivi della decisione

1. Deve preliminarmente essere dichiarata la inammissibilità della costituzione di B.G.C.F., per difetto di procura speciale, essendo la stesa intervenuta in un giudizio iniziato prima del 4 luglio 2009 (Cass. n. 7241 del 2010; Cass. n. 18323 del 2014)

2. – Come già rilevato, il primo motivo di impugnazione è stato già disatteso dalla Seconda Sezione.
2.1. – Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti deducono vizio di motivazione sul rilievo che, non essendo stato acquisito il fascicolo di primo grado ed avendo la Corte d'appello esaminato l'atto di donazione solo per la parte riportata nell'atto di appello, il convincimento del giudice di appello sarebbe il frutto di una presunzione non vera, essendo il tenore della donazione molto più esteso rispetto ai brani esaminati in sede di gravarne. Prosegue parte ricorrente che la lettura integrale dell'atto di liberalità avrebbe consentito di rilevare che l'oggetto della donazione era costituito, in parte, da un diritto proprio di C.F., e cioè della quota di comproprietà degli immobili di cui C.F. era titolare in modo esclusivo, per avere ciascuno dei fratelli C.F., C.P. e C.G. la piena disponibilità di una quota pari ad 1/3 degli immobili di cui al rogito; per altra parte, dalla quota di 1/3 a lui pervenuta dalla eredità del fratello C.P.: circostanza, questa, di cui non vi era alcun cenno nella sentenza impugnata. La Corte d'appello avrebbe quindi errato nell'accomunare i due cespiti in una indistinta "quota ereditaria".

2.2. – Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano la violazione degli artt. 769 e 771 c.c., in combinato disposto con l'art. 1103 c.c., oltre alla illegittimità della sentenza impugnata per difetto di motivazione ed errata valutazione dei presupposti di fatto, per non avere i giudici di merito riconosciuto che C.F. poteva validamente donare al nipote la quota di proprietà di cui era esclusivo titolare con riferimento all'immobile di via (*Omissis*), essendo tale bene nella sua piena disponibilità, potendo essere le argomentazioni del Tribunale riferite semmai alla residua quota di 1/12 pervenuta al donante per successione ereditaria dal fratello C.P.

A conclusione del motivo i ricorrenti formulano il seguente quesito di diritto: "Dica la Suprema Corte di Cassazione se il divieto di cui all'art. 771 c.c. può essere legittimamente esteso anche ai beni di cui il donante è titolare in comunione ordinarla con i propri fratelli".

2.3. – Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione ed erronea applicazione degli artt. 771 e 769 c.c., in combinato disposto con gli artt. 1103 e 757 c.c., nonché carenza assoluta di motivazione, per avere ritenuto i giudici di merito "beni altrui", fino al momento della divisione, anche i beni in comproprietà ordinaria, in aperto contrasto con i principi che regolano l'istituto della comproprietà e dell'art. 1103 c.c., che sancisce il principio della piena disponibilità dei beni in comproprietà nei limiti della quota di titolarità del disponente. Ad avviso dei ricorrenti eguali considerazioni varrebbero anche per la c.d. quota ereditaria. Quanto alla conclusione del giudice di appello circa l'irrilevanza della qualificazione della fattispecie quale condizione sospensiva, i ricorrenti rilevano che la divisione dei beni ereditari, seppure avvenga dopo il decesso di uno dei coeredi, non cancella i diritti nascenti sui beni ereditari. A conclusione del motivo i ricorrenti formulano il seguente quesito di diritto: "Dica la Suprema Corte di Cassazione se l'art. 771 c.c. può essere legittimamente interpretato equiparando a tutti gli effetti la categoria dei "beni futuri" con quella dei "beni altrui".

3. – La Seconda Sezione, con l'ordinanza interlocutoria n. 11545 del 2014 ha innanzi tutto ricordato come, nonostante l'art. 769 c.c. abbia assoggettato la donazione al principio consensualistico, sia risultato prevalente In giurisprudenza, in via di interpretazione analogica dell'art. 771 c.c., la tesi della nullità della donazione di bene altrui, assumendosi il carattere della necessaria immediatezza dell'arricchimento altrui e, dunque, dell'altrettanto necessaria appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto (sono in proposito richiamate Cass. 23 maggio 2013, n. 12782; Cass. 5 maggio 2009, n. 10356; Cass. 18 dicembre 1996, n. 1131; Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544). La Seconda Sezione ha, per contro, ricordato, da un lato, le critiche di parte della dottrina, fondate sullo stesso testo dell'art. 769 c.c., il quale contempla l'arricchimento della parte donataria operato "assumendo verso la stessa un'obbligazione"; e, dall'altro, Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596, che ha considerato la donazione di cosa altrui non nulla, ma semplicemente inefficace, con conseguente sua idoneità a valere quale titolo per l'usucapione immobiliare abbreviata. La Seconda Sezione ha quindi aggiunto che la soluzione della questione posta è evidentemente correlata alla ratio dell'art. 771 c.c.

Nella specie, la questione non riguarderebbe la donazione dei quattro dodicesimi di cui il donante era titolare *inter vivos*, dovendosi in parte qua la liberalità Intendere come di cosa propria, in quanto relativa alla quota del partecipante in comunione ordinaria, alienata ai sensi e nei limiti dell'art. 1103 c.c.

La questione si porrebbe, piuttosto, quanto all'ulteriore dodicesimo del bene di provenienza ereditaria, e per il quale il donante intendeva trasferire il proprio diritto di coerede, ricadente, tuttavia, sulla quota *ex* art. 727 c.c. e non (ancora) su quel determinato Immobile compreso nell'asse. 3.1. – In conclusione, la Seconda Sezione ha rimesso all'esame di queste Sezioni Unite la seguente questione: "Se la donazione dispositiva di un bene altrui debba ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante e quindi anche quelli aventi ad oggetto i beni altrui, oppure sia valida ancorché inefficace, e se tale disciplina trovi applicazione, o no, nel caso di donazione di quota di proprietà pro indiviso".

4. – Come riferito, sulla questione se la donazione di cosa altrui sia nulla o no, la giurisprudenza di questa Corte si è reiteratamente espressa, nel senso della nullità.

4.1. – Secondo Cass. n. 3315 del 1979, "la convenzione che contenga una promessa di attribuzione dei propri beni a titolo gratuito configura un contratto preliminare di donazione che è nullo, in quanto con esso si viene a costituire a carico del promittente un vincolo giuridico a donare, il quale si pone in contrasto con il principio secondo cui nella donazione l'arricchimento del beneficiario deve avvenire per spirito di liberalità, in virtù cioè di un atto di autodeterminazione del donante, assolutamente libero nella sua formazione". La successiva Cass. n. 6544 del 1985, ha affermato che la donazione di beni altrui non genera a carico del donante alcun obbligo poiché, giusta la consolidata interpretazione dell'art. 771 c.c., dal sancito divieto di donare beni futuri deriva che è invalida anche la donazione nella parte in cui ha per oggetto una cosa altrui; a differenza di quanto avviene, ad esempio, nella vendita di cosa altrui, che obbliga il non dominus alienante a procurare l'acquisto al compratore. Tale decisione ha quindi affermato che "ai fini dell'usucapione abbreviata a norma dell'art. 1159 c.c. non costituisce titolo astrattamente idoneo al trasferimento la donazione di un bene altrui, attesa l'invalidità a norma dell'art. 771 c.c. di tale negozio".

Sempre nell'ambito della nullità si colloca Cass. n. 11311 del 1996, così massimata: "l'atto con il quale una pubblica amministrazione, a mezzo di contratto stipulato da un pubblico funzionario, si obblighi a cedere gratuitamente al demanio dello Stato un'area di sua proprietà, nonché un'altra area che si impegni ad espropriare, costituisce una donazione nulla, sia perché, pur avendo la pubblica amministrazione la capacità di donare, non è ammissibile la figura del contratto preliminare di donazione, sia perché l'atto non può essere stipulato da un funzionario della pubblica amministrazione (possibilità limitata dall'art. 16 del r.d. n. 2440 del 1923 ai soli contratti a titolo oneroso), sia perché l'art. 771 c.c.

vieta la donazione di beni futuri, ossia dell'area che non rientra nel patrimonio dell'amministrazione "donante" ma che la stessa si impegna ad espropriare". Particolarmente significativa è poi Cass. n. 10356 del 2009, secondo cui "la donazione dispositiva di un bene altrui, benché non espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante; tale donazione, tuttavia, è idonea ai fini dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 c.c., poiché il requisito, richiesto da questa norma, dell'esistenza di un titolo che legittimi l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, deve essere inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere suscettibile in astratto, e non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".

Da ultimo, Cass. n. 12782 del 2013 si è espressa in senso conforme alla decisione da ultimo richiamata.
4.2. – In senso difforme si rinviene Cass. n. 1596 del 2001, che ha affermato il principio per cui "la donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".

4.3. – A ben vedere, il contrasto tra i due orientamenti giurisprudenziali non coinvolge il profilo della efficacia dell'atto a costituire titolo idoneo per l'usucapione abbreviata, ma, appunto, la ascrivibilità della donazione di cosa altrui nell'area della invalidità, e segnatamente della nullità, ovvero in quella della inefficacia.

5. Il Collegio ritiene che alla questione debba essere data risposta nel senso che la donazione di cosa altrui o anche solo parzialmente altrui è nulla, non per applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 c.c. per la donazione di beni futuri, ma per mancanza della causa del negozio di donazione.

5.1. – Deve innanzi tutto rilevarsi che la sentenza n. 1596 del 2001 evoca la categoria della inefficacia, che presuppone la validità dell'atto, e si limita ad affermare la non operatività della nullità in applicazione analogica dell'art. 771, primo comma, c.c., in considerazione di una pretesa natura eccezionale della causa di nullità derivante dall'avere la donazione ad oggetto beni futuri, ma non verifica la compatibilità della donazione di cosa altrui con la funzione e con la causa del contratto di donazione. La soluzione prospettata appare, quindi, non condivisibile, vuoi perché attribuisce al divieto di cui alla citata disposizione la natura di disposizione eccezionale, insuscettibile di interpretazione analogica; vuoi e soprattutto perché non considera la causa del contratto di donazione.

Al contrario, una piana lettura dell'art. 769 c.c. dovrebbe indurre a ritenere che l'appartenenza del bene oggetto di donazione al donante costituisca elemento essenziale del contratto di donazione, in mancanza del quale la causa tipica del contratto stesso non può realizzarsi. Recita, infatti, la citata disposizione: "La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione". Elementi costitutivi della donazione sono, quindi, l'arricchimento del terzo con correlativo depauperamento del donante e lo spirito di liberalità, il c.d. *animus donandi*, che connota il depauperamento del donante e l'arricchimento del donatario e che, nella giurisprudenza di questa Corte, va ravvisato "nella consapevolezza dell'uno di attribuire all'altro un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale" (Cass. n. 8018 del 2012; Cass. n. 12325 del 1998; Cass. n. 1411 del 1997; Cass. n. 3621 del 1980).

Appare evidente che, in disparte il caso della donazione effettuata mediante assunzione di una obbligazione, nella quale oggetto dell'obbligazione del donante sia il trasferimento al donatario di un bene della cui appartenenza ad un terzo le parti siano consapevoli, l'esistenza nel patrimonio del donante del bene che questi intende donare rappresenti elemento costitutivo del contratto; e la consustanzialità di tale appartenenza alla donazione è delineata in modo chiaro ed efficace dalla citata disposizione attraverso il riferimento all'oggetto della disposizione, individuato in un diritto del donante ("un suo diritto"). La non ricorrenza di tale situazione – certamente nel caso in cui né il donante né il donatario ne siano consapevoli, nel qual caso potrebbe aversi un'efficacia obbligatoria della donazione – comporta la non riconducibilità della donazione di cosa altrui allo schema negoziale della donazione, di cui all'art. 769 c.c.. In altri termini, prima ancora che per la possibile riconducibilità del bene altrui nella categoria dei beni futuri, di cui all'art. 771, primo comma, c.c., la altruità del bene incide sulla possibilità stessa di ricondurre il trasferimento di un bene non appartenente al donante nello schema della donazione dispositiva e quindi sulla possibilità di realizzare la causa del contratto (incremento del patrimonio altrui, con depauperamento del proprio).

5.2. – La mancanza, nel codice del 1942, di una espressa previsione di nullità della donazione di cosa altrui, dunque, non può di per sé valere a ricondurre la fattispecie nella categoria del negozio inefficace. Invero, come si è notato in dottrina, il fatto stesso che il legislatore del codice civile abbia autonomamente disciplinato sia la compravendita di cosa futura che quella di cosa altrui, mentre nulla abbia stabilito per la donazione a non domino, dovrebbe suggerire all'interprete di collegare il divieto di liberalità aventi ad oggetto cose d'altri alla struttura e funzione del contratto di donazione, piuttosto che ad un esplicito divieto di legge. Pertanto, posto che l'art. 1325 c.c. individua tra i requisiti del contratto "la causa"; che, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma, c.c., la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. produce la nullità del contratto; e che l'altruità del bene non consente di ritenere integrata la causa del contratto di donazione, deve concludersi che la donazione di un bene altrui è nulla.

5.3. – Con riferimento alla donazione deve quindi affermarsi che se il bene si trova nel patrimonio del donante al momento della stipula del contratto, la donazione, in quanto dispositiva, è valida ed efficace; se, invece, la cosa non appartiene al donante, questi deve assumere espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto dal terzo al donatario. La donazione di bene altrui vale, pertanto, come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 c.c.). Se, invece, l'altruità del bene donato non risulti dal titolo e non sia nota alle parti, il contratto non potrà produrre effetti obbligatori, né potrà applicarsi la disciplina della vendita di cosa altrui.

5.4. – La sanzione di nullità si applica normalmente alla donazione di beni che il donante ritenga, per errore, propri, perché la mancata conoscenza dell'altruità determina l'impossibilità assoluta di realizzazione del programma negoziale, e, quindi, la carenza della causa donativa. La donazione di bene non appartenente al donante è quindi affetta da una causa di nullità autonoma e indipendente rispetto a quella prevista dall'art. 771 c.c., ai sensi del combinato disposto dell'art. 769 c.c. (il donante deve disporre "di un suo diritto") e degli artt. 1325 e 1418, secondo comma, c.c.

In sostanza, avendo l'*animus donandi* rilievo causale, esso deve essere precisamente delineato nell'atto pubblico; in difetto, la causa della donazione sarebbe frustrata non già dall'altruità del diritto in sé, quanto dal fatto che il donante non assuma l'obbligazione di procurare l'acquisto del bene dal terzo.

5.5. – Alle medesime conclusioni deve pervenirsi per il caso in cui, come nella specie, oggetto della donazione sia un bene solo in parte altrui, perché appartenente pro indiviso a più comproprietari per quote differenti e donato per la sua quota da uno dei coeredi. Non è, Infatti, dato comprendere quale effettiva differenza corra tra i "beni altrui" e quelli "eventualmente altrui", trattandosi, nell'uno e nell'altro caso, di beni non presenti, nella loro oggettività, nel patrimonio del donante al momento dell'atto, l'unico rilevante al fine di valutarne la conformità all'ordinamento.

In sostanza, la posizione del coerede che dona uno dei beni compresi nella comunione (ovviamente, nel caso in cui la comunione abbia ad oggetto una pluralità di beni) non si distingue in nulla da quella di qualsivoglia altro donante che disponga di un diritto che, al momento dell'atto, non può ritenersi incluso nel suo patrimonio.

Né una distinzione può desumersi dall'art. 757 c.c., in base al quale ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione anche se per acquisto all'incanto e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli atri beni ereditari. Invero, proprio la detta previsione impedisce di consentire che il coerede possa disporre, non della sua quota di partecipazione alla comunione ereditaria, ma di una quota del singolo bene compreso nella massa destinata ad essere divisa, prima che la divisione venga operata e il bene entri a far parte del suo patrimonio.

6. – In conclusione, deve affermarsi il seguente principio di diritto: "La donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante".

7. In applicazione di tale principio, il ricorso deve essere quindi rigettato. Non possono essere infatti condivise le deduzioni dei ricorrenti in ordine alla circostanza che l'atto di donazione riguardava non solo una quota ereditarla del bene specificamente oggetto di donazione, ma anche una quota della quale il donante era già titolare per averla acquistata per atto *inter vivos*. Invero, posto che è indiscutibile che l'atto di donazione aveva ad oggetto la quota di un dodicesimo dei beni immobili indicati nell'atto stesso rientrante nella comunione ereditaria, deve ritenersi che non sia possibile operare la prospettata distinzione tra la donazione dei quattro dodicesimi riferibili al donante e del restante dodicesimo, comportando l'esistenza di tale quota la attrazione dei beni menzionati nella disciplina della comunione ereditaria. Ne consegue che la nullità dell'atto di donazione per la parte relativa alla quota ereditaria comporta la nullità dell'intero atto, ai sensi dell'art. 1419 c.c., non risultando che nei precedenti gradi di giudizio sia emersa la volontà del donatario di affermare la validità della donazione per la quota spettante al donante.

D'altra parte, non può non rilevarsi che l'inclusione, anche se solo in parte, degli immobili oggetto di donazione nella comunione ereditaria comportava la astratta possibilità della loro assegnazione, in sede di divisione, a soggetto diverso dal donante; con ciò dimostrandosi ulteriormente la sostanziale inscindibilità della volontà negoziale manifestatasi con l'atto di donazione dichiarato nullo dal Tribunale di Reggio Calabria, con sentenza confermata dalla Corte d'appello.

8. – In conclusione, il ricorso va rigettato.

In considerazione della complessità della questione e dei diversi orientamenti giurisprudenziali, che hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, le spese del giudizio possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.
(Omissis)

****Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – **1.** Brevi cenni in tema di donazioni. – **2.** Donazione di beni futuri e donazione di beni altrui – **3.** Le diverse ricostruzioni sulla donazione di beni altrui. – **4.** La soluzione delle Sezioni Unite in relazione al caso di specie. – **5.** Conclusioni.

Premessa

Con la sentenza in commento le sezioni unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a fare chiarezza circa le sorti del contratto di donazione avente ad oggetto beni altrui, stante la diversità di soluzioni nel tempo proposte sul punto.

Il caso affrontato dalla Suprema Corte offre l'occasione per pronunciarsi sull'argomento, riguardando nella specie un contratto di donazione avente ad oggetto una quota di bene indiviso di una massa ereditaria da parte del coerede, che come tale non può dirsi appartenente, al momento della stipulazione, pienamente al patrimonio del donante.

La questione concreta involge profili problematici afferenti, più in generale, allo studio della categoria dell'oggetto del negozio giuridico, e i suoi possibili risvolti in punto di invalidità negoziale.

Tematiche, quest'ultime, che acquistano maggiore complessità allorché studiate in relazione ad un ambito – quale quello delle donazioni – dominato da interessi sensibili e peculiari, che giustificano una serie di deroghe rispetto ai più generali principi civilistici.

Per meglio comprendere i termini della questione specifica si rende allora, preliminarmente, necessaria una breve analisi del fenomeno delle donazioni, nonché delle *rationes* alla base della sua peculiare disciplina codicistica.

1. Brevi cenni in tema di donazioni

La donazione è il contratto con cui un parte, per spirito di liberalità, arricchisce l'altra, disponendo in favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione.

La sua previsione è contenuta all'art. 769 c.c., con il quale si apre il Titolo V del Libro II del codice civile, la cui dicitura "Delle donazioni" rivela l'esistenza, nel sistema, di diverse forme di liberalità, di cui la donazione ne rappresenta la principale, senza esaurirne completamente l'ambito.

È ben possibile, comunque, tratteggiare degli elementi comuni a tutti gli atti di liberalità.

In particolare, l'elemento soggettivo, rappresentato dallo spirito di liberalità, che si caratterizza per l'assenza di qualsivoglia interesse patrimoniale sotteso all'atto, e l'elemento oggettivo, consistente nel depauperamento – che deve essere attuale e concreto – del patrimonio del soggetto che intende spogliarsi di uno o più beni ponendo in essere l'atto di liberalità.

Siffatti due elementi si atteggiano in modo diverso in seno ad ogni singolo atto di liberalità, e raggiungono la loro massima intensità nelle liberalità cd. donative, di cui si occupa il legislatore agli artt. 769 ss. c.c. nel dettare la disciplina del contratto di donazione in senso stretto.

La donazione, infatti, rappresenta il paradigma completamente opposto a quello degli atti cd a titolo oneroso, dove è insita la logica dello scambio, per cui sussistono in capo alle parti un sacrificio ed un vantaggio patrimoniale posti in rapporto sinallagmatico, rendendosi evidente la sussistenza di una causa oggettiva che giustifica l'operazione negoziale.

L'interesse patrimoniale, che normalmente rende manifesta la causa oggettiva del negozio, è del tutto assente con riguardo alle donazioni, circostanza che ha in passato condotto finanche parte della dottrina a ritenere privi di causa gli atti di liberalità.

Secondo altra ricostruzione, poi affermatasi, comunque può dirsi sussistente una causa di tipo soggettivo, che, anziché riscontrarsi in elementi oggettivi esterni alla sfera soggettiva dei contraenti, è ravvisabile essenzialmente nella volontà intima delle parti.

Dunque, nella donazione la causa non può essere indagata sul piano oggettivo, risiedendo nella sola volontà del donante.

Ed è in quest'ottica che si spiega la previsione, per la donazione, della forma dell'atto pubblico *ad substantiam*, quale forma forte a compensazione di una causa debole, difficilmente percepibile oggettivamente.

La presenza di una causa soggettiva, pertanto, giustifica l'evidente deroga al principio della libertà delle forme *ex* art 782 c.c. (forma dell'atto pubblico a pena di nullità), norma che rappresenta la più significativa espressione di una serie di limitazioni all'autonomia negoziale che contraddistinguono la disciplina delle donazioni.

Tutte le limitazioni previste poggiano sulla stessa esigenza, fortemente avvertita dal legislatore, di voler rendere il donante quanto più consapevole possibile dell'atto che sta ponendo in essere, onde evitare che non abbia la necessaria contezza della situazione patrimoniale al momento dell'adozione dell'atto donativo, e possa compiere atti di prodigalità.

Tale *ratio* emerge con chiarezza da diverse disposizioni in materia.

L'art. 775 c.c., che disciplina la donazione fatta da persona incapace, per cui la donazione può essere annullata su istanza del donante senza bisogno di provare la malafede del donatario, diversamente da quanto previsto dall'art. 428 per tutti gli altri casi.

L'art. 778 c.c., che dispone la nullità del mandato a donare, a conferma della necessità che l'atto sia compiuto da parte del donante.

Ulteriore limite proviene dall'art. 787 c.c., che, in deroga alla regola generale della irrilevanza dell'errore sui motivi, prevede che l'errore sul motivo determinante ai fini della donazione può condurre alla invalidità della stessa, e in caso di motivo illecito, nemmeno è necessario che il motivo sia comune ad entrambe le parti, come invece prevede l'art. 1345 c.c. con riguardo alla disciplina generale dei contratti.

Unitamente poi alla previsione vista costituita dalla prescrizione dell'atto pubblico a pena di nullità, si pone infine l'art. 711 c.c. quale limitazione comportante la possibilità, per il donante, di disporre dei soli beni presenti nel proprio patrimonio.

Si pone così l'accento sulla necessità che lo spoglio sia attuale, così da consentire al disponente di rendersi conto immediatamente della portata della propria decisione.

2. Donazione di beni futuri e donazione di beni altrui

Per le medesime ragioni viste alla luce delle norme evidenziate, il legislatore all'art. 711 c.c. vieta la donazione di beni futuri, contrariamente all'art. 1472, che, invece, espressamente riconosce l'ammissibilità della vendita di cosa futura.

Vistosa è dunque la deroga rispetto alla disciplina in tema di vendita, e in generale rispetto alla disciplina sui contratti, per cui le parti, come facoltizza l'art. 1348 c.c., nell'esercizio della loro autonomia negoziale possono porre in essere negozi ad oggetto futuro, ancorché alla condizione che si tratti di negozi ad oggetto determinato o determinabile, ai sensi dell'art. 1346.

Quest'ultimo rappresenta il caso del negozio ad oggetto futuro in senso stretto (cd. "futurità oggettiva"), riguardando beni che, al momento della pattuizione, non esistono in rerum natura. Quando invece il bene esiste nel momento in cui viene stipulato l'accordo, ma non è presente nel patrimonio del disponente, bensì di terzi, si rientra nell'ipotesi della cd. "futurità soggettiva".

La distinzione tra le due ipotesi è limpidamente presa in considerazione dal legislatore con riguardo al contratto di vendita, dove sono separatamente previste la vendita di cosa futura e la vendita di cosa altrui.

Non è, invece, riprodotta in relazione alla disciplina della donazione, limitandosi il legislatore a stigmatizzare con la nullità la già menzionata donazione di beni futuri.

La disposizione, che indubbiamente fa riferimento alla cd "futurità oggettiva", ha suscitato notevoli dubbi ermeneutici in dottrina e in giurisprudenza, ponendo fortemente in discussione, stante la mancanza di un esplicito divieto, l'eventualità che la donazione possa avere ad oggetto beni esistenti *in rerum natura* ma non presenti nel patrimonio del donante.

I dubbi poi sono ulteriormente alimentati dallo stesso legislatore, che, al secondo comma dell'art. 771 c.c., in relazione all'universalità di cose, ammette la validità della donazione anche in relazione alle cose che vi si aggiungono successivamente, salvo che dall'atto risulti una diversa volontà.

Inoltre, nel sancire la nullità della donazione ad oggetto futuro, fa salvi i frutti non ancora separati, che, all'art. 802, secondo comma c.c., sono trattati come cosa mobile futura.

Ne emerge, dunque, un sistema non sempre coerente con il divieto previsto in relazione ai beni futuri in senso stretto.

3. Le diverse ricostruzioni sulla donazione di beni altrui

Il silenzio della legge sul punto, insieme ai problemi di coerenza interpretativa che la questione pone, ha suscitato svariati orientamenti, ciascuno dei quali si preoccupa di fornire una risposta al tema della donazione di beni altrui.

L'impostazione prevalente considera nullo il negozio in questione, ma giustificando tale patologia sulla base di differenti argomentazioni.

In particolare, la tesi tradizionale ritiene che l'art. 771 accolga un concetto ampio di "beni futuri", in grado di ricomprendere sia i beni non ancora esistenti, che quelli esistenti ma rientranti nell'altrui patrimonio. Una tale donazione, tuttavia, si afferma essere idonea ai fini dell'usucapione decennale, giacché il titolo richiesto dall'art. 1159 c.c. deve essere suscettibile in astratto, e non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale.

La donazione avente ad oggetto beni non appartenenti al donante viene dunque trattata allo stesso modo della donazione inerente i beni futuri, poiché ciò che rileva è che il donante possa avere contezza di tutti i beni del proprio patrimonio nel momento in cui pone in essere l'atto, affinché siano scongiurati atti di prodigalità, anche a garanzia dell'ordine pubblico.

La medesima *ratio* che ispira le due ipotesi rende allora, si sostiene, possibile l'estensione analogica della

nullità *ex* art. 771 c.c. anche alla donazione di beni altrui.

Nullità che, determinando l'inefficacia *ab origine* del negozio, preclude che il donante possa assumere qualsiasi obbligo di consegnare il bene al donatario, una volta che ne abbia ottenuto la proprietà.

La teoria della nullità per analogia *ex* art. 771 c.c. è stata però oggetto di serrate critiche, in considerazione del principio di tassatività delle ipotesi di nullità, come tali non suscettibili di alcune estensione analogica al di là del dato positivo che espressamente le contempla.

Né sembrerebbe in radice esclusa la validità dell'atto in questione, laddove si consideri che è lo stesso legislatore ad ammettere la validità di donazioni aventi ad oggetto frutti non ancora separati ed universalità di cose in relazione ai beni che vi si aggiungeranno successivamente la stipula del contratto.

Sulla scia di tali ultimi rilievi si sono allora proposti percorsi alternativi per sostenere la nullità della donazione di beni altrui.

Parte della giurisprudenza fa discendere la nullità dalla qualificazione della donazione di beni altrui come preliminare di donazione, che costituirebbe un obbligo giuridico di donare inconciliabile con l'essenza del contratto di donazione, per cui l'arricchimento del beneficiario deve essere il solo risultato di uno spirito di liberalità[1].

Altra ricostruzione ricollega la nullità all'impossibilità dell'oggetto (art. 1346 c.c.), sulla base di una lettura unitaria del sistema, e in particolare dalla disciplina delle successioni, laddove l'art. 651 c.c. condiziona la validità del legato all'esistenza della cosa legata nel patrimonio del testatore. Più in generale, viene abitualmente considerato nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto ogni testamento che ricade su beni altrui[2].

Ma la tesi presta il fianco alle critiche di chi ritiene forzato il parallelo tra disciplina successoria e liberalità *inter vivos*, essendo che per quest'ultime il legislatore ammette all'art 769 c.c. che possano avere ad oggetto un'espressa formale assunzione dell'obbligazione di procurare l'acquisto del diritto.

Proprio valorizzando tale ultima norma parte della dottrina ha cercato di sostenere la validità del contratto di donazione di beni altrui. La seconda parte dell'art. 769 c.c. ("o assumendo verso la stessa un'obbligazione") sembrerebbe, infatti, giustificare una donazione con effetti obbligatori avente ad oggetto una cosa altrui; dunque valida, ma temporaneamente inidonea a produrre effetti traslativi, che si produrranno dal momento in cui il donante acquisterà la proprietà del bene, adempiendo così l'obbligo di procurare l'acquisto al donatario.

La tesi della inefficacia è stata con convinzione sostenuta anche da parte della giurisprudenza[3], secondo la quale, in quanto astrattamente valida, la donazione di beni altrui costituirebbe comunque titolo idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata *ex* art. 1159 c.c., e la produzione degli effetti reali si realizzerà automaticamente, come in tema di vendita, quando la cosa verrà ad esistenza o nel momento in cui il donante ne abbia acquistato la proprietà.

Soluzione, questa, che sembra coerente con quella prescelta dal legislatore in tema di *falsus procurator* (art. 1398 c.c.), dove il difetto di legittimazione a disporre - ricorrente anche nella donazione di beni altrui - è sanzionato con la sola inefficacia dell'atto.

Ma anche l'orientamento che propugna l'inefficacia si espone a delle obiezioni, in particolare riguardante le diversità sostanziali tra la disciplina della vendita di cosa altrui e quella sulle donazioni, specie sotto il profilo dell'obbligazione di far acquistare la proprietà della cosa, che se può dirsi effetto naturale nell'ambito della compravendita, più difficilmente conciliabile risulta con lo spirito liberale della donazione.

4. La soluzione delle Sezioni Unite in relazione al caso di specie

Chiamate a pronunciarsi sulla precisa questione in oggetto[4], le Sezioni Unite della Suprema Corte si discostano dalle diverse impostazioni ripercorse.

Abbandonata del tutto la tesi, da ultimo vista, della sola inefficacia della donazione di beni altrui, i giudici di legittimità ritengono affetto il relativo atto dalla patologia più grave della nullità, ma sulla scorta di un percorso argomentativo differente rispetto a quelli adottati dalle ricostruzioni che comunque propongono la nullità.

La base di partenza della sentenza è costituita dalle critiche mosse all'orientamento che sostiene la sola inefficacia della donazione di beni altrui. Non condivisibili si ritengono gli argomenti richiamati da tale opzione ermeneutica, per cui non può parlarsi di nullità della donazione di beni altrui in mancanza di un espressa previsione in tal senso, e sulla base di una pretesa natura eccezionale della previsione di cui all'art. 771 c.c.

Ma, in particolare, ad essere denunciato è il limite principale che la teoria dell'inefficacia (ma non solo) presenta, ovvero la mancata verifica della compatibilità della donazione di cosa altrui con gli elementi essenziali che la connotano, rappresentati dalla causa e dalla funzione.

A risultare determinante, proseguono le Sezioni Unite, è un'attenta lettura del principale dato normativo di riferimento delle donazioni, l'art. 769 c.c., che ne definisce gli elementi strutturali.

[1] In tal senso, già Cass., sez. II, 12 giugno 1979, n. 3315.

[2] Onorato M., *Donazione di beni altrui e donazione del bene presente nell'asse ereditario indiviso*, in *Riv.dir.priv.*, 4, 2006, p. 1211 ss.

[3] Cass., sez. II, 5 febbraio 2001, n. 1596.

[4] In seguito ad ordinanza di rimessione di Cass., 23 maggio 2014, n. 11545.

Non si può infatti che principiare da una piana lettura della citata normativa, che nel caso di specie, si afferma, sgombra il campo da ogni dubbio quanto agli elementi che necessariamente debbono sussistere affinché risulti, in concreto, integrato lo schema causale tipico previsto dal legislatore.

Questi consistono nell'elemento soggettivo ed oggettivo, costituiti rispettivamente dall'*animus donandi* e dal depauperamento del patrimonio del donante, nonché dall'appartenenza del bene di cui si dispone al patrimonio del donante, nel momento in cui pone in essere il negozio.

Appartenenza, resa manifesta dall'inequivocabile espressione "...di un suo diritto" contenuta nell'art. 769 c.c.

La non ricorrenza di tale ultima circostanza, comporta, sostiene la Corte, «la non riconducibilità della donazione di cosa altrui allo schema negoziale della donazione, di cui all'art. 769 c.c.

In altri termini, prima ancora che per la possibile riconducibilità del bene altrui nella categoria dei beni futuri, di cui all'art. 771, primo comma, c.c., l'altruità del bene incide sulla possibilità stessa di ricondurre il trasferimento di un bene non appartenente al donante nello schema della donazione dispositiva e quindi sulla possibilità di realizzare la causa del contratto».

Aggiungono ancora con nettezza le Sezioni Unite, che la mancata espressa regolamentazione, da parte del legislatore, dell'ipotesi di donazione di bene altrui, diversamente da quanto avviene per la vendita di cose altrui, deve a maggior ragione spingere l'interprete a ricercare una risposta al quesito in seno alla stessa struttura del contratto di donazione, non risultando determinante il necessario riferimento ad altre norme.

Pertanto, secondo un'argomentazione che difficilmente sembra eccepibile sul piano logico, posto che l'art. 1325 c.c. individua tra i requisiti essenziali del contratto "la causa", la cui mancanza, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma, c.c., determina la nullità del contratto; e che l'altruità del bene non consente di ritenere integrata la causa del contratto di donazione, deve giocoforza concludersi per la nullità della donazione di beni altrui.[5]

La soluzione prescelta dagli ermellini si mostra pienamente condivisibile, risultando anzitutto coerente con i principi generali visti che governano l'ambito delle donazioni.

In un terreno in cui l'aspetto soggettivo, l'*animus donandi*, racchiude la causa del contratto, che pertanto risulta di difficile individuazione, l'unica garanzia è costituita dalla correttezza e completezza della forma solenne dell'atto pubblico.

Tale condizione è rispettata anche se la donazione avvenga mediante l'assunzione espressa e formale, risultante dall'atto, di procurarsi l'acquisto del bene dal terzo, poiché la legge chiaramente ammette, all'art. 769 c.c., che la donazione si estrinsechi attraverso l'assunzione di un'obbligazione verso il donatario.

In tal caso, affermano le Sezioni Unite, sarebbe comunque rispettata la struttura del contratto di donazione, che al suo interno espressamente contempla siffatta modalità ulteriore di esplicazione del negozio, per cui risulta comunque integrata la causa negoziale.

Dal momento che l'altruità del bene emerge con chiarezza dall'atto, essa diviene circostanza di cui è ben consapevole il donatario, per cui non si pongono ostacoli al riconoscimento, in astratto, della validità del negozio; fermo restando gli effetti meramente obbligatori (obbligazione di dare) che in tale ipotesi produce inizialmente la donazione, rimanendo il trasferimento di qualsivoglia diritto subordinato al momento in cui il bene entra a far parte del patrimonio del donante.

Alle stesse conclusioni, continua la Suprema Corte, deve giungersi allorché oggetto della donazione sia un bene solo in parte altrui, perché appartenente *pro indiviso* a più comproprietari per quote differenti e donato per la sua quota da uno dei coeredi.

Non si ravvedono infatti ragioni per distinguere i "beni altrui" da quelli "eventualmente altrui", trattandosi, in entrambi i casi, di beni non presenti, nella loro oggettività, nel patrimonio del donante al momento dell'atto, unica circostanza considerata rilevante al fine di valutarne la conformità all'ordinamento del contratto di donazione

La posizione del coerede che dona uno dei beni compresi nella comunione non può sostanzialmente dirsi diversa da quella di qualsivoglia altro donante che disponga di un diritto che, al momento dell'atto, non può ritenersi appartenente nel suo patrimonio.

5. Conclusioni

Sulla scorta del percorso ermeneutico illustrato, le Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto: «La donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante».

La risposta così offerta dal giudice della nomofilachia sembra condivisibile ed equilibrata, e ciò sotto diversi profili.

Apprezzabile risulta il criterio interpretativo privilegiato dalla Corte, che fa leva, innanzitutto, sul dato letterale, quale primo fondamentale dato di partenza

[5] Così già La Marca G., *La donazione di cosa altrui e la sua idoneità ai fini dell'usucapione abbreviata*, in *Fam. pers. succ.*, 1, 2010, p. 42 ss., che propone la lettura congiunta degli artt. 769, 1325 e 1418, comma 2, c.c. per addivenire alla nullità della donazione di beni altrui.

che deve orientare l'interprete a fronte di ogni questione controversa. Facendosi, così, applicazione del principio di romanistica memoria "*in claris non fit interpretatio*", per cui non è necessario, come invece verificatosi per diverse delle ricostruzioni viste, ricorrere a dati normativi esterni laddove il dato letterale di riferimento sia da solo autosufficiente nell'offrire la risposta che si palesa più evidente.

Pienamente condivisibile si mostra poi il superamento della posizione di chi non opera una distinzione tra l'ipotesi classica della donazione di beni altrui e l'ipotesi, in oggetto, della donazione del bene indiviso rientrante nella massa ereditaria e non ancora assegnato.

Nessun rilievo pare, infatti, possa ricoprire il fatto che il bene indiviso verosimilmente potrebbe ricadere, successivamente la stipula dell'atto, nella sfera patrimoniale del donante-coerede. Laddove, l'unico dato decisivo per soppesare la validità della donazione è quello dell'appartenenza del bene nel patrimonio del donante nel momento in cui l'atto è posto in essere.

Infine, da salutare con favore è la parziale apertura che la Corte mostra rispetto alla possibilità di dar luogo alla donazione di beni altrui, purché l'altruità del bene risulti espressamente dal contenuto formale dell'atto.

Una diversa soluzione nel senso della nullità radicale ed assoluta della donazione di beni altrui, incapace di dialogare con qualsivoglia forma di esercizio del potere di libertà contrattuale, si porrebbe, infatti, in distonia con l'attuale tendenza del sistema civile all'esaltazione dell'autonomia negoziale; tendenza registratasi, di recente, finanche rispetto ad ambiti tradizionalmente restii all'affermarsi della stessa, quale quello delle successioni *mortis causa*.

Pietro Sorrentino
Dottore Magistrale in giurisprudenza

Sul valore e sull'impugnabilità dell'accordo transattivo con il lavoratore.
Nota a Trib. Napoli, sez. lav., 15 marzo 2016, n. 2222

abstract

The Court of Naples take a position on actionable nature and value attributable to the minutes of trade union conciliation in which the parties, in addition to solving the economic differences, define the nature of the employment relationship between them.

keywords

Minutes of trade union conciliation – Assumptions – Vices of the will.

abstract

Il Tribunale di Napoli prende posizione sulla impugnabilità e sul valore da attribuirsi al verbale di conciliazione sindacale con cui le parti, oltre a risolvere le divergenze economiche, definiscono la natura del rapporto di lavoro intercorrente tra le stesse.

parole chiave

Verbale di conciliazione sindacale – Presupposti – Vizi della volontà.

Verbale di conciliazione sindacale – Presupposti – Validità ed efficacia – *Vis compulsiva* – Onere probatorio in capo al lavoratore – *Metus ab intrinseco* – Irrilevante

In tema di conciliazioni in sede sindacale, sono validi ed efficaci gli accordi transattivi con i quali, pur in assenza di espresse contestazioni nel merito, le parti specificano la natura del rapporto di lavoro intercorso (dipendente o libero professionale) purché vi sia stata una effettiva assistenza sindacale. Qualora il lavoratore lamenti pressioni o violenze morali subite, è onere dello stesso fornire adeguata prova della vis compulsiva *non rilevando i timori meramente interni.*

Trib. Napoli, sez. lav., 15 marzo 2016, n. 2222
Pres. U. Lauro

(*Omissis*)

Conclusioni delle parti e ragioni della decisione

1. Con ricorso depositato il 29.09.14, C. B., collaboratrice di V. I. I. B. spa, dall'01.02.09 al 24.04.14, indicate le ragioni di fatto e di diritto a sostegno della pretesa, l'ha convenuta in giudizio per sentir accertare e dichiarare:

1. l'illegittimità dei contratti a progetto (assenza di progetto), e relative proroghe, intercorsi tra le parti, in data 01.02.09 e 19.06.12, con conseguente conversione del rapporto a tempo in rapporto a tempo indeterminato e con condanna della resistente al pagamento di un'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità, in ogni caso non inferiore a 5 mensilità; comunque, per sentir dichiarare la natura subordinata dell'attività in concreto svolta dall'01.02.09 al 24.04.14;

2. l'invalidità e/o l'inefficacia delle conciliazioni sindacali raggiunte, in corso di rapporto, 18.06.12 e 26.11.13, in violazione della normativa vigente (1365 c.c.) e degli articoli 1418, 1425 e 1427 del codice civile; in subordine, con limitazione della domanda al periodo successivo alla seconda conciliazione *sub iudice*;

3. l'illegittimità del licenziamento intimatole con nota del 24.01.14/04.02.14, per gli indicati vizi di forma e di sostanza, oltre che per violazione del principio di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c., con condanna, ex articolo 8 legge n. 604/66, all'immediata riassunzione o al risarcimento del danno nella misura indicata.

Il tutto, con vittoria di spese e competenze del giudizio.

1.1. La convenuta, costituitasi in giudizio, ha resistito alla domanda, chiedendone il rigetto perché infondata, con ogni ulteriore conseguenza di legge.

Ha spiegato a sua volta domanda per il risarcimento del danno subito, da liquidarsi in via equitatativa.

Ha richiesto la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, anche ai sensi dell'articolo 96 c.p.c.

Tentata infruttuosamente la conciliazione della lite

ed interrogata liberamente la sola ricorrente, ritenuta superflua ogni attività istruttoria, acquisite le note autorizzate, la causa è stata decisa all'udienza odierna all'esito della discussione orale.

2. La domanda è proponibile, ma infondata.

2.1 Va, in primo luogo, osservato che alla sua formulazione non osta la mancata produzione della contrattazione collettiva.

Nel caso di domanda di accertamento, quale è quella proposta, la parte non è pregiudicata dalla predetta omissione che, a differenza di quanto avviene nel caso di domanda di condanna, non costituisce adempimento necessario ed indispensabile.

2.2 L'accertamento che l'attività lavorativa svolta, dall'01.02.09 al 30.04.14, abbia avuto natura subordinata – e non, invece, autonoma, sia pur coordinata e continuativa propria del contratto a progetto – trova ostacolo, almeno fino al 26.11.13, nelle due conciliazioni sindacali intercorse tra le parti.

2.2.1 Con il primo verbale di conciliazione, sottoscritto in data 18.06.12, le parti interessate, con l'espresso intento di definire l'insorta controversia aziendale, riconoscono la natura autonoma e non subordinata dell'attività prestata dall'01.02.09 alla predetta data, e regolano ogni aspetto economico controverso del riconosciuto rapporto collaborativo.

Parte ricorrente ammette l'insussistenza delle pretese lavorative per i titoli specificamente indicati (13^, 14^, ferie, festività, permessi, inquadramento, riconoscimento di livello, straordinario), rinunciando, inoltre, ad ogni altra pretesa e parte resistente corrisponde, in cambio, la somma di € 1500,00 (regolarmente incassata), di cui € 1000,00 per bonus transattivo ed € 500,00 per trattamento di fine rapporto.

2.2.3 Con il secondo verbale di conciliazione, sottoscritto in data 26.11.13, le parti interessate, sempre con l'espresso intento di definire l'insorta controversia aziendale, riconoscono la natura autonoma e non subordinata dell'attività prestata dal 18.12.12, ed ancora in corso, regolando, fino a quella data, ogni aspetto economico controverso del riconosciuto rapporto collaborativo, nato con l'ultimo contratto a progetto del 18.06.12

Parte ricorrente ammette l'insussistenza delle pretese lavorative per i titoli specificamente indicati (13^, 14^, ferie, festività, permessi, inquadramento, riconoscimento di livello, straordinario), rinunciando, inoltre, ad ogni altra pretesa e parte resistente corrisponde, in cambio, la somma di € 1.050,00 (regolarmente incassata), di cui € 840,00 per bonus transattivo ed € 210,00 per le causali di cui ai precedenti punti 1), 2), 3) e 4) legate al rapporto di lavoro.

In entrambi i casi ricorrono gli elementi costitutivi del contratto di transazione (1965 c.c.): la *res dubia* e le reciproche concessioni.

Per l'esistenza della prima, che può avere ad oggetto anche la natura del rapporto oltre che pretese economiche (vedi, in fattispecie, analoga relativa a contratti a termine Cass. sez. lav. 28/07/2015 n. 16784), non occorre che le rispettive tesi abbiano assunto la determinazione propria della pretesa, essendo sufficiente l'esistenza di un dissenso potenziale, anche se ancora da definire nei più precisi termini di una lite non esteriorizzata in una rigorosa formulazione (Cass. civ., sez. III, 10.07.2003 n. 11142).

E' sufficiente, in altri termini, che, almeno nella opinione delle parti, il rapporto giuridico abbia carattere di incertezza, tanto bastando a ritenere insorta controversia.

Per la ricorrenza del secondo requisito è sufficiente che, al fine di eliminare ogni situazione di dubbio, le parti si facciano reciproche concessioni.

Nella fattispecie, ed in entrambi i verbali di conciliazione, le parti hanno eliminato ogni dubbio sulla natura dell'attività (riconosciuta come autonoma, coordinata e continuativa) ed ogni contrasto economico attraverso riconoscimenti reciproci economici e non (rinunzia da parte del lavoratore ad ogni altra pretesa).

Tanto premesso in linea generale, si osserva ancora, con specifico riferimento alla transazione relativa al rapporto di lavoro, che, nella specie, le intervenute conciliazione sindacali sono state validamente raggiunte.

La ricorrente è stata assistita da un rappresentante sindacale che ella stessa, in entrambi gli atti (18.06.12 e 26.11.13), assume e riconosce aver nominato in sua rappresentanza e che, comunque, già conosceva almeno dalla prima conciliazione del 18.06.12.

Trattasi di R. D., appartenente ad organizzazione sindacale dei lavoratori (C.I.S.L.) e dalla stessa delegato, sin dal 13.03.09, a sottoscrivere i verbali di conciliazione sindacale ex artt. 411 e seguenti codice procedura civile (vedi documento n. 2, in fascicolo parte resistente).

L'esame degli atti rende evidente che l'assistenza è stata effettiva (Cass. sez. lav. 23.10.2013 n. 24024): la lavoratrice è stata informata che la conciliazione riguarda la natura del rapporto (a progetto e non subordinato), le pretese dallo stesso nascenti (in gran parte dettagliatamente elencate), la rinuncia a qualsiasi altro diritto, la definitività della decisione (in considerazione dell'inoppugnabilità del verbale).

La lavoratrice ha, poi, riconosciuto che i verbali sono stati sottoscritti solo dopo lettura degli stessi.

Alla stregua di tutte le considerazioni generali e particolari svolte, entrambe le conciliazioni, si rivelano, pertanto, inoppugnabili ai sensi dell'articolo 411 c.p.c..

Non ricorre, poi, il vizio della volontà denunciato in ricorso (violenza), poiché a tal riguardo occorre la coazione fisica o psichica della parte, non risultando sufficiente una mera impressione, un timore meramente interno della parte (cfr. Cass. civ. sez. I, 09/10/2015 n. 20305 ed ancora Cass. sez. lav. 19.03.2008 n. 7394).

La ricorrente, invero, sentita in sede di libero interrogatorio, ha dichiarato di non aver ricevuto alcuna sollecitazione espressa per la sottoscrizione delle conciliazioni, anche se si era deciso a farlo perché aveva percepito nell'aria che, se non avesse firmato, non sarebbe stata confermata al lavoro (vedi udienza 25.06.2015).

In entrambi i casi risulta aver regolarmente incassato le somme corrispostele, dando ulteriore segno della sua volontà di credere nell'accordo raggiunto (vedi assegni e attestazione di incasso, documento n. 4, in fascicolo parte resistente)

3. Va, da ultimo, esaminata la domanda di impugnativa di licenziamento del 24.01.14 e la richiesta di condanna della società alla riassunzione e/o al risarcimento danno nella misura prevista dall'art. 8 legge n. 604/66.

Al riguardo, va rilevato che l'atto impugnato, tenuto conto della natura autonoma del rapporto, non integra un licenziamento, con conseguente inapplicabilità della tutela richiesta.

Trattasi, peraltro, di atto legittimo, perché l'articolo 10 del contratto a progetto consente la risoluzione del rapporto anche prima della sua scadenza, con il solo obbligo del preavviso di giorni 90, nella fattispecie regolarmente concesso.

Il recesso dal rapporto, comunicato in data 24.01.14, è divenuto efficace, infatti, in data 24.04.14 (vedi doc. 10, in fascicolo di parte resistente).

Per completezza, si osserva che il contratto a progetto stipulato il 19.06.1 2 – che si valuta perché il periodo 27.11.13 – 24.01.14 sfugge alla conciliazione del 26.11.13 – è valido, poiché conforme a legge e corredato da un progetto sufficientemente specifico e determinato (supporto "Area Privati", secondo le modalità ivi indicate, per sviluppo e gestione proprio portafoglio clienti).

La documentazione prodotta da parte ricorrente risulta insufficiente ad adeguatamente comprovare lo sviamento della prevista coordinazione nella più pregnante subordinazione, per la cui sussistenza occorre la sottoposizione del lavoratore allo stretto controllo del datore di lavoro, attraverso l'esercizio dei suoi poteri organizzativi, direttivi e disciplinari.

Non è, invero, sufficiente il solo coordinamento del lavoratore, compatibile anche con la sua presenza in azienda e con la sua sottoposizione ad ordini e direttive meno stringenti da parte del datore di lavoro, cui va riconosciuto, in vista del risultato, un certo potere di controllo dell'attività svolta anche quando questa abbia natura autonoma.

Non può infine non tenersi conto dell'espresso riconoscimento della natura autonoma dell'attività operato nei verbali di conciliazione 26.11.13 ed, in verità, anche precedentemente, allorché la C. ebbe a richiedere di potersi avvalere della strumentazione aziendale (vedi istanza del 18.06.12, doc. 3 in fascicolo parte resistente).

4. Va rigettata la domanda riconvenzionale di risarcimento del danno proposta dalla società.

Pur volendo superare la genericità della istanza, va rilevato che non emerge il danno lamentato.

5. Premesso che non ricorrono gli estremi per poter qualificare, come temeraria la domanda di parte ricorrente, si rileva che la natura delle questioni e la soccombenza reciproca giustificano ampiamente la integrale compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.
(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – **1.** La vicenda. – **2.** La questione giuridica. – **3.** La disciplina giuridica di riferimento. – **4.** Presupposti giuridici ed elementi dell'accordo transattivo *ex* art. 1965 c.c. – **5.** Sulla nullità ed annullabilità degl'accordi transattivi. – **6.** La decisione.

Premessa

Con la sentenza in commento il Tribunale di Napoli, sez. lavoro si è pronunciato sulla validità di due accordi di conciliazione in sede sindacale con i quali, non solo venivano risolti i contrasti economici, ma le parti riconoscevano anche la natura autonoma dell'attività lavorativa prestata da una di esse pur in assenza di una pregressa contestazione sul punto.

1. La vicenda

Il giudizio ha origine col ricorso depositato da una collaboratrice di una società di brokeraggio assicurativo, con il quale la ricorrente chiedeva l'accertamento della illegittimità dei contratti a progetto (per assenza di progetto) e relative proroghe, intercorsi tra le parti, con conseguente conversione del rapporto a tempo, in rapporto a tempo indeterminato e con condanna della resistente al pagamento di un'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità, in ogni caso non inferiore a 5 mensilità. La ricorrente, in particolare, contestava l'invalidità e/o l'inefficacia delle conciliazioni sindacali raggiunte, in corso di rapporto, 18.06.12 e 26.11.13, in violazione della normativa vigente (1365 c.c.) e degli articoli 1418, 1425 e 1427 del codice civile; in subordine, con limitazione della domanda al periodo successivo alla seconda conciliazione *sub iudice*, l'illegittimità del licenziamento intimatole con condanna, *ex* articolo 8 legge n. 604/66, all'immediata riassunzione o al risarcimento del danno nella misura indicata.

Si costituiva la resistente società eccependo al contrario la validità dei verbali di conciliazione e la legittimità della risoluzione del rapporto di lavoro avvenuta a norma del contratto stesso.

2. La questione giuridica

Al fine di poter decidere la controversia il Giudice, dunque, ha dovuto dapprima affrontare e risolvere la questione della validità dei verbali di conciliazioni sindacali intervenuti tra le parti. Nello specifico con il primo verbale sottoscritto in data 18.06.12, le parti interessate, con l'espresso intento di definire l'insorta controversia aziendale, riconoscevano la natura autonoma e non subordinata dell'attività prestata dallo 01.02.09 alla predetta data, e regolavano ogni aspetto economico controverso del riconosciuto rapporto collaborativo. Con il secondo verbale, sottoscritto in data 26.11.13, le parti interessate, sempre con l'espresso intento di definire l'insorta controversia aziendale, riconoscevano la natura autonoma e non subordinata dell'attività prestata dal 18.12.12, ed ancora in corso, regolando, fino a quella data, ogni aspetto economico controverso del riconosciuto rapporto collaborativo, nato con l'ultimo contratto a progetto del 18.06.12.

Ciò posto, essendo stati tali accordi raggiunti in virtù di quanto disposto dall'art. 411 c.p.c. e pertanto non impugnabili *ex* art. 2113 c.c., l'opera ermeneutica del Giudice si è incentrata unicamente sull'esistenza degl'elementi costitutivi dell'accordo transattivo ex art. 1965 c.c. e sull'accertamento di eventuali vizi della volontà del lavoratore stipulante.

3. La disciplina giuridica di riferimento

L'art. 2113 c.c. prevede che «Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile, non sono valide. L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data di rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione della medesima Le rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impugnate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi dell'articolo 185, 410, 411, 412-*ter* e 412-*quater* del codice di procedura civile».

Tra i diritti di cui il lavoratore può liberamente disporre rientrano: i trattamenti economici derivanti da pattuizioni individuali e non quelli derivanti dalla contrattazione collettiva; il periodo di preavviso; le dimissioni e la risoluzione consensuale; la somma corrisposta a titolo di accettazione del provvedimento di risoluzione del rapporto; il c.d. diritto di precedenza nelle assunzioni, riassunzioni e trasformazioni del rapporto di lavoro.

In via di principio, al contrario, non sono da considerarsi derogabili: il diritto al riposo giornaliero, il diritto al riposo settimanale; il diritto alla ferie; il diritto al versamento dei contributi previdenziali.

Ciò posto un accordo di conciliazione che avesse ad oggetto diritti inderogabili quali quelli sopra indicati sarebbe nullo ed impugnabile *ex* art. 2113 c.c.. Tuttavia il comma 4 dell'articolo 2113 c.c. sottrae al regime di invalidità previsto dai primi tre commi della citata disposizione, le rinunzie e le transazioni aventi ad oggetto diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili, (dalla legge o dal contratto o accordo collettivo), ove dette rinunzie o transazioni siano intervenute ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412-*ter* e 412-*quater* del codice di procedura civile.

E' chiaro quello che il 4° comma dell'articolo 2113 c.c. allarga al lavoratore il campo delle rinunzie e delle transazioni se queste, ad esempio, avvengono: a) Davanti al giudice (*ex* art. 185 c.p.c.) b) Davanti la Commissione Provinciale di Conciliazione (*ex* art. 410 c.p.c.); c) In sede Sindacale (*ex* art. 411 c.p.c.).

Le rinunzie e le transazioni raggiunte tra datore di lavoro e lavoratore in queste sedi ancorché possano avere ad oggetto diritti del lavoratore inderogabili sono valide ed inimpugnabili ai sensi dell'articolo 2113 c.c.. Occorre tuttavia tenere presente che, sebbene il comma 4 dell'articolo 2113 c.c. rende inimpugnabili le rinunzie e le transazioni raggiunte tra datore di lavoro e lavoratore, essi sono pur sempre atti negoziali e non è escluso che possano, comunque, impugnarsi con gli ordinari mezzi di diritto comune in conseguenza di altri possibili profili di invalidità (ad esempio mancanza degl'elementi necessari del negozio ovvero i vizi del consenso)[1].

4. Presupposti giuridici ed elementi dell'accordo transattivo *ex* art. 1965 c.c.

Ai fini della valida conclusione di una transazione *ex* art. 1965 c.c. è necessario, da un lato che essa abbia ad oggetto una "*res dubia*", cioè, che cada su un rapporto giuridico avente, almeno nella opinione delle parti, carattere di incertezza; dall'altro che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio venutasi a creare fra loro, i contraenti si facciano reciproche concessioni. L'oggetto della transazione, peraltro, non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo, e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni.[2] Con riferimento a tale requisito, l'accertamento della validità della transazione opera sul piano sostanziale, in quanto, indipendentemente da quanto dedotto nell'accordo, il giudice è chiamato a verificare che dall'atto si evinca la *res dubia* oggetto della lite (in atto o potenziale) e le reciproche concessioni in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 c.c.

Le concessioni, invece, possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi

[1] Cass. civ., sez. lavoro, 13 gennaio 1983, n. 228.
[2] Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2013, n. 24164.

sulla base di un "*quid medium*" tra le prospettazioni iniziali[3]. Le reciproche concessioni presuppongono che entrambe le parti abbiano rinunciato a qualcosa, cosicché non si può parlare di transazione quando sia una sola delle parti che rinuncia, sia pure in presenza di una fattispecie controversa.

Se quelli appena esposti sono i requisiti che deve possedere una qualsiasi transazione, per pacifica giurisprudenza si ritiene che la conciliazione sindacale, per essere valida, debba essere supportata, inoltre, da una effettiva attività di assistenza da parte del conciliatore a cui il lavoratore conferisce specifico mandato. L'effettività di tale attività discende dal ruolo attribuito al conciliatore il quale deve preventivamente informare il lavoratore in merito alla reale portata dei diritti maturati e dismessi o disposti diversamente rispetto a quanto previsto dalla legge o dal contratto collettivo, nonché in relazione alle conseguenze derivanti dalla sottoscrizione della transazione[4]. In caso di carenza del requisito de quo, il comma 4 dell'art. 2113 c.c. non potrà trovare applicazione, con la conseguente possibilità per il prestatore di lavoro di impugnare la rinuncia o la transazione conclusa in sede sindacale.

5. Sulla nullità ed annullabilità degl'accordi transattivi

Avverso un accordo transattivo può essere esperita, innanzitutto, l'azione di nullità ai sensi degli artt. 1418 e ss. c.c., ove non sussistano i requisiti richiesti dall'art. 1965 c.c. (*res dubia* e reciprocità delle concessioni). L'accordo transattivo è altresì nullo quando sia illecita la causa del contratto ovvero lo stesso sia viziato nell'oggetto ovvero sia stato concluso per eludere una norma imperativa. E' evidente che ove la transazione sia stata sottoscritta in assenza di una *res dubia* o della reciprocità delle concessioni, il contratto deve essere dichiarato nullo per insussistenza di elementi essenziali. Trattandosi di un vizio di natura sostanziale, spetterà al giudice adito verificare in concreto se la transazione sia stata stipulata per dirimere una controversia sorta o insorgenda, nonché se le condizioni convenute siano tali da ricomprendere le "reciproche concessioni". In particolare, per verificare se sia configurabile tale negozio occorre indagare innanzitutto se le parti, mediante l'accordo, abbiano perseguito la finalità di porre fine all'*incertus litis eventus*, senza tuttavia che sia perciò necessario che esse esteriorizzino il dissenso sulle contrapposte pretese, né che siano usate espressioni direttamente rivelatrici del negozio transattivo, la cui esistenza può anche essere desunta da una corresponsione di somma di denaro da parte del debitore, accettata dal creditore dichiarando di esser stato pienamente soddisfatto e di null'altro avere a pretendere, se possa ritenersi che essa esprima la volontà di porre fine ad ogni ulteriore contesa. Quanto poi ai requisiti dell'*aliquid datum* e dell'*aliquid retentum*, essi non sono da rapportare agli effettivi diritti delle parti, bensì alle rispettive pretese e contestazioni, e pertanto non è necessaria l'esistenza di un equilibrio economico tra le reciproche concessioni[5].

Per quanto attiene la nullità per illiceità dell'oggetto, l'art. 1966, comma 2, c.c. dispone espressamente che la transazione è nulla se l'oggetto (*rectius*, i diritti oggetto della lite) è sottratto alla disponibilità delle parti; trattasi di diritti accertabili solo dall'Autorità Giudiziaria quali gli status personali, i diritti della persona etc. Sono invece transigibili le situazioni patrimoniali derivanti da tali diritti come, ad esempio, gli interessi legali su crediti di lavoro[6].

Oltre all'azione di nullità, può essere intentata quella di annullamento per vizi del consenso ai sensi degli artt. 1425, 1427 e 1441 e ss. c.c., nonché quella di risoluzione per inadempimento e quella di rescissione. In particolare, in relazione ai vizi del consenso, pacifica giurisprudenza ritiene che anche gli accordi particolarmente vantaggiosi per il prestatore, ben potrebbero essere impugnati dal contraente datore di lavoro, qualora si dimostri che tali accordi siano stati conclusi per effetto di una falsa rappresentazione della realtà ovvero a seguito di situazioni dolose determinate dalla condotta dello stesso dipendente[7]. Relativamente poi al vizio del consenso rappresentato dalla c.d. *vis compulsiva* (violenza morale), la violenza, perché assurga a causa di invalidità del contratto, deve intervenire in un momento anteriore al negozio e concretarsi nella minaccia attuale di un male futuro, dipendente in qualche modo dal comportamento dello stesso autore; se la minaccia, invece, non è più attuale, nel senso che sia già interamente esaurita la condotta collocabile come antecedente causale, o almeno concausale, del male temuto dal soggetto passivo, la rappresentazione, da parte di quest'ultimo, di un pericolo di danno non deriva più dal comportamento del minacciante, bensì dalla considerazione di altre circostanze che sfuggono completamente al dominio del medesimo e si atteggia, quindi, come semplice *metus ab intrinseco* che, ove anche incida sul processo formativo della volontà negoziale, facendo venir meno quella libertà di determinazione cui ogni contrattazione deve essere informata, non è idoneo ad invalidare il negozio[8].

Concentrandoci, infine, sull'azione di annullamento di conciliazioni sindacali, risulta di tutta evidenza come la stessa sia strumentalmente e strettamente legata al su esposto requisito dell'effettività dell'assistenza da parte del conciliatore sindacale.

[3] Cass. civ., sez. III, 01 aprile 2010, n. 7999.
[4] Cass. civ., sez. lavoro, 23 ottobre 2013, n. 24024.
[5] Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2003, n. 7548.
[6] Trib. Napoli, sez. lavoro, 31 gennaio 2006.
[7] Cass. civ., 14 ottobre 2004, n. 22169.
[8] Cass. civ., sez. II, 27 luglio 1987, n. 6490.

6. La decisione

Come già in precedenza anticipato il Giudice, al fine di decidere sul ricorso della lavoratrice, ha dovuto dapprima affrontare la questione sulla validità ed efficacia delle due conciliazioni sindacali concluse dalla stessa ricorrente. Difatti, premesso che con tali accordi la lavoratrice ammetteva la natura libero professionale del rapporto di lavoro, la fondatezza della impugnativa degli stessi costituiva una questione assorbente rispetto alla domanda di illegittimità dei contratti a progetto e della trasformazione del rapporto di lavoro in tempo indeterminato.

In primo luogo, pertanto, il Giudice ha affrontato la questione della validità delle transazioni in relazione all'oggetto delle stesse (riconoscimento della natura libero professionale del rapporto di lavoro) ed all'esistenza di una *res dubia*. Il Magistrato, riportandosi alla più recente giurisprudenza[9], ha innanzitutto precisato che i verbali di conciliazione *ex* art. 411 c.p.c. possono ben avere ad oggetto anche il riconoscimento della natura (subordinato o non) del rapporto di lavoro. Il Giudice ha poi continuato confermando quanto sostenuto da prevalente giurisprudenza ovvero che, per il valido perfezionamento di una transazione, non vi è necessità di una controversia attuale, ma è sufficiente «l'esistenza di un dissenso potenziale, anche se ancora da definire nei più precisi termini di una lite non esteriorizzata in una rigorosa formulazione»[10].

Ritenuti esistenti i presupposti previsti dall'art. 1965 c.c. per il perfezionamento di una transazione, la *res dubia* e le reciproche concessioni (nel caso specifico il pagamento di una somma di denaro a fronte della rinuncia del lavoratore ad ogni altra pretesa), l'indagine del magistrato si è spostata sul requisito peculiare di ogni accordo in sede sindacale ovvero l'effettività dell'assistenza ricevuta. In particolare, secondo pacifica giurisprudenza, al fine di verificare che l'accordo sia raggiunto con un'effettiva assistenza del lavoratore da parte di esponenti della propria organizzazione sindacale occorre valutare se, in base alle concrete modalità di espletamento della conciliazione, sia stata correttamente attuata quella funzione di supporto che la legge assegna al sindacato nella fattispecie conciliativa[11]. Nel caso di specie, il Giudice ha valutato come effettiva l'assistenza ricevuta fondando la propria decisione in considerazione delle seguenti risultanze istruttorie:

- la ricorrente veniva assistita per entrambi i verbali dallo stesso rappresentante sindacale assumendo e riconoscendo, in tutti e due gl'atti, di averlo nominato in sua rappresentanza;
- la lavoratrice, in udienza, ammetteva che i verbali venivano firmati solo dopo essere stati letti;
- con la lettura dei suddetti verbali e stante la completezza contenutistica degli stessi, la lavoratrice veniva informata che la conciliazione riguardava la natura del rapporto di lavoro (a progetto), le pretese da esso nascenti, la rinuncia alle stesse. La lavoratrice veniva altresì informata della definitività degli accordi stante l'inoppugnabilità degli stessi.

Tanto è bastato al giudicante al fine di dichiarare effettiva l'assistenza sindacale ricevuta dalla lavoratrice.

Accertata l'esistenza di validi accordi transattivi dal punto di vista formale, l'indagine del magistrato si è spostata sulla pretesa coercizione subita dalla lavoratrice, possibile causa di annullabilità delle conciliazioni. In udienza, durante l'interrogatorio libero delle parti, la ricorrente aveva ammesso di non aver ricevuto alcuna sollecitazione espressa, da parte del datore, per la firma degli accordi, ma di aver percepito nell'aria che in assenza di sottoscrizione non sarebbe stata confermata. Il Giudice, dunque, ha dovuto valutare la possibile rilevanza di meri timori interni al fine di invalidare le conciliazioni. Ebbene il Tribunale di Napoli, con l'annotata sentenza, ha concluso per l'assoluta irrilevanza dei timori solo interni del lavoratore, rifacendosi sul punto alla recentissima sentenza della Corte di Cassazione del 9 ottobre 2015, n. 20305 con la quale gli Ermellini hanno così statuito «In materia di annullamento del contratto per vizi della volontà, si verifica l'ipotesi della violenza, invalidante il negozio giuridico, qualora uno dei contraenti subisca una minaccia specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione del contratto, proveniente dalla controparte o da un terzo e di natura tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio. Ne consegue che il contratto non può essere annullato *ex* art. 1434 c.c. ove la determinazione della parte sia stata determinata da timori meramente interni ovvero da personali valutazioni di convenienza, senza cioè che l'oggettività del pregiudizio risalti quale idonea a condizionare un libero processo determinativo delle proprie scelte».

[9] Cass. civ., sez. lavoro, 28 luglio 2015, n. 16784.
[10] Cass. civ., sez. III, 16 luglio 2003, n. 11142.
[11] Cass. civ., sez. lavoro, 03 aprile 2002, n. 4730.

Arbitrato – Nuova formulazione dell'art. 829, comma 3, c.p.c. *ex* art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006 – Impugnazione del lodo per *errores in iudicando* – Condizioni – Espressa disposizione

In tema di arbitrato, l'art. 829, comma 3, c.p.c., come riformulato dall'art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, si applica, ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 40 cit., a tutti i giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore della novella, ma, per stabilire se sia ammissibile l'impugnazione per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, la legge – cui l'art. 829, comma 3, c.p.c., rinvia – va identificata in quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato.

Cass. civ., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9284, Pres. Rordorf, Est. Nappi

Comunione e condominio – Lastrico solare in uso esclusivo – Danni da infiltrazioni da acqua all'immobile sottostante – Responsabilità del proprietario od usuario esclusivo e del condominio – Concorso – art. 1126 c.c.

In tema di condominio negli edifici, qualora l'uso del lastrico solare (o della terrazza a livello) non sia comune a tutti i condomini, dei danni da infiltrazioni nell'appartamento sottostante rispondono sia il proprietario o l'usuario esclusivo, ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia il condominio, in forza degli obblighi ex artt. 1130, comma 1, n. 4, e 1135, comma 1, n. 4, c.c., il cui concorso va risolto, in mancanza della prova contraria della specifica imputabilità soggettiva del danno, secondo i criteri di cui all'art. 1126 c.c.

Cass. civ., sez. un., 10 maggio 2016, n. 9449, Pres. Rovelli, Est. Petitti

Impiego pubblico – Istruzione e scuola – Passaggio dal ruolo della scuola materna a quello della scuola secondaria – Anzianità pregressa – Riconoscimento integrale

In caso di passaggio dalla scuola materna alla scuola secondaria, l'insegnante ha diritto al riconoscimento integrale dell'anzianità maturata nel ruolo della scuola materna.

Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9144, Pres. Rordorf, Est. Curzio

Impiego pubblico – Personale universitario non medico operante negli istituti di ricovero e cura convenzionati o gestiti direttamente dall'università – Indennità cd. De Maria

L'indennità di perequazione di cui all'art. 1 della l. n. 200 del 1974 (cd. indennità De Maria), remunerativa della prestazione assistenziale resa dal personale universitario non medico che opera negli istituti di ricovero e cura convenzionati con gli enti ospedalieri o gestiti direttamente dalle Università, non include automaticamente, a favore del personale equiparato, il computo della retribuzione di posizione dei dirigenti del comparto sanità, che spetta soltanto se collegata all'effettivo svolgimento di un incarico direttivo.

Cass. civ, sez. un., 9 maggio 2016, n. 9279, Pres. Macioce, Est. Di Cerbo

Impugnazioni Civili – Rigetto della domanda principale – Appello – Domanda in garanzia del convenuto condizionata all'accoglimento della pretesa attorea – Sua devoluzione al giudice

In caso di impugnazione da parte dell'attore della sentenza di rigetto della domanda, la devoluzione al giudice del gravame della domanda in garanzia nei confronti del chiamato da parte del convenuto/appellato, non decisa perché condizionata all'accoglimento della pretesa principale, non richiede la proposizione di appello incidentale, essendo sufficiente la mera riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700, Pres. Roselli, Est. Frasca

Iscrizione di ipoteca – Sproporzione rispetto all'importo del credito – Responsabilità aggravata ex art. 96, comma 2, c.p.c. – Ragioni

Il creditore che, senza adoperare la normale diligenza, iscriva ipoteca su beni, il cui valore superi i parametri pre-

visti dall'art. 2875 c.c. rispetto al credito garantito, incorre nella responsabilità prevista dall'art. 96, comma 2, c.p.c., configurandosi un abuso del diritto della garanzia patrimoniale in danno del debitore.

Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2016, n. 6533, Pres. Amendola, Est. Carluccio

Processo civile telematico – Disciplina anteriore al d.l. n. 83 del 2015 - Opposizione a decreto ingiuntivo – Deposito telematico anziché cartaceo dell'atto introduttivo – Mera irregolarità

*In tema di processo civile telematico, ai sensi dell'art. 16-*bis *del d.l. n. 179 del 2012, inserito dall'art. 1, comma 19, n. 2, della l. n. 228 del 2012, nel testo anteriore al d.l n. 83 del 2015, il deposito per via telematica, anziché con modalità cartacee, dell'atto introduttivo del giudizio, ivi compreso l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, non dà luogo a nullità ma ad una mera irregolarità.*

Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2016, n. 9772, Pres. Bucciante, Est. Giusti

Società – Delibera di approvazione del bilancio – Impugnazione per violazione di norma imperativa – Rilievo officioso di un vizio di nullità, emergente dagli atti, non prospettato nella domanda – Ultrapetizione – Inconfigurabilità

*La Prima Sezione ha affermato che, posta la violazione di norma imperativa come "*causa petendi*" dell'invocata declaratoria di nullità assoluta di una delibera di approvazione di bilancio, non configura ultrapetizione il rilievo officioso di un vizio di nullità di quest'ultima, emergente dagli atti, pur se non specificamente indicato nella prospettazione della domanda.*

Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2016, n. 8795, Pres. Forte, Est. Bernabai

Tributi – Irap – Presupposto dell'autonoma organizzazione – Condizioni – Impiego di beni strumentali o del lavoro altrui – Limiti e caratteristiche

*In tema di IRAP, il presupposto dell'autonoma organizzazione ricorre quando il contribuente: a) sia, sotto qualsiasi forma, il responsabile dell'organizzazione; b) impieghi beni strumentali eccedenti, secondo l'*id quod plerumque accidit*, il minimo indispensabile per l'esercizio dell'attività in assenza di organizzazione ovvero si avvalga, non occasionalmente, del lavoro altrui per mansioni non meramente esecutive o di segreteria.*

Cass. civ., sez. un., 10 maggio 2016, n. 9451, Pres. Rovelli, Est. Greco

Tributi – Professionisti – Prestazione già eseguita – Cessazione dell'attività – Corrispettivo riscosso successivamente – Applicabilità Iva

Il compenso di prestazione professionale è soggetto ad IVA anche se percepito successivamente alla cessazione dell'attività, nel cui ambito la prestazione è stata eseguita, ed alla sua formalizzazione, atteso che il fatto generatore dell'imposta va identificato, alla luce del diritto comunitario e del principio di neutralità fiscale, con l'espletamento dell'operazione.

Cass. civ., sez. un., 21 aprile 2016, n. 8059, Pres. Rordorf, Est. Cappabianca

Anatocismo: "nuovo" art. 120 T.u.b. di dubbia applicazione

In materia di anatocismo, appare dubbia l'operatività del divieto di cui all'art. 120 T.U.B., come risultante dalla riforma introdotta con la legge di stabilità 2014, in difetto della delibera CICR di attuazione.

Trib. Cosenza, 05 maggio 2016, Giud. U. Granata

Centrale rischi: segnalazione "a sofferenza" legittima per esposizione debitoria da oltre due anni

La segnalazione "a sofferenza" della Banca è legittima quando è comprovata da immobilizzazione della esposizione debitoria della correntista per oltre due anni e vi è il rifiuto del debitore ad adempiere anche in presenza di una contestazione dell'esistenza del debito, la quale può essere valutata, in via sommaria, dal giudice del procedimento cautelare.

Trib. Catania, 16 maggio 2016, Giud. G. Marino

Esecuzione immobiliare: il principio di autosufficienza della nota di trascrizione opera solo nell'ipotesi di conformità al titolo

Il principio dell'autosufficienza della nota di trascrizione non significa autonomia della nota, laddove il suo contenuto diverga dall'atto cui si riferisce. Invero, l'individuazione del presupposto fattuale da cui muove l'assunto dell'autosufficienza della nota di trascrizione sta nel fatto che la nota (per quanto erronea) sia conforme al titolo (pur esso erroneo rispetto a taluno degli elementi identificativi dell'atto di acquisto, sotto il profilo dei soggetti o dell'oggetto); che, cioè, titolo e nota di trascrizione siano congruenti e, allo stesso tempo, descrivano in maniera erronea un elemento riportato nell'atto di acquisto e poi riprodotto (sempre in maniera erronea) nella nota.

Trib. Napoli Nord, 03 maggio 2016, Giud. A. Auletta

Consulenza tecnica preventiva: inammissibile in caso di contestazioni in tema di usura

*Il ricorso ad una consulenza tecnica preventiva, quale strumento di composizione della lite, è inammissibile nelle ipotesi in cui l'Istituto di credito neghi in radice la dedotta usurarietà degli interessi applicati in un contratto di mutuo, ovvero quando risulti controverso finanche l'*an debeatur; *in questi casi, l'instaurazione del giudizio di merito sarebbe necessaria e la c.t.p.* ex *art. 696*-bis *c.p.c. verrebbe a perdere la sua finalità precipua.*

Trib. Cagliari, 29 aprile 2016, Giud. I. Tamponi

Deposito telematico: valida la comparsa conclusionale in pdf immagine se raggiunge lo scopo

Nel caso degli atti processuali conclusivi che abbiano raggiunto lo scopo loro proprio, essendo visibili e conoscibili dal Giudice e dalle parti cui è consentito pienamente l'esercizio del diritto di difesa, la remissione della causa sul ruolo, per consentire una regolarizzazione funzionale ad uno scopo diverso da quello primario dell'atto processuale che è consentire lo svolgimento del processo e l'esercizio del diritto di difesa, si traduce in una violazione del principio della ragionevole durata del processo inammissibile in mancanza di una esplicita statuizione normativa. L'inosservanza della normativa tecnica costituisce una mera irregolarità in mancanza di una sanzione processuale.

Trib. Milano, 03 febbraio 2016, Pres. G, Servetti, Rel. R. Muscio

Mediazione: in caso di mancata adesione al primo incontro, si devono necessariamente esplicitare le ragioni del diniego

Nel procedimento di mediazione la parte, in caso di mancata adesione al primo incontro, deve esplicitare le ragioni del diniego. In mancanza il giudice potrà applicare la sanzione di cui all'art. 8, comma 4-bis.

Le conseguenze anche di natura sanzionatoria, previste dalla citata norma non scattano soltanto nel caso di assenza ingiustificata della parte al primo incontro di mediazione, ma operano anche nel distinto ed ulteriore caso in cui la parte presente al primo incontro, esprimendosi negativamente sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione,

non espliciti le ragioni di tale diniego ovvero adduca motivazioni ingiustificate, in tal modo rifiutandosi di partecipare, immotivatamente, a quella fase del procedimento di mediazione che si svolge all'esito del primo incontro. La convinzione di avere ragione o la mancata condivisione della posizione avversaria, per la evidente contraddittorietà, sul piano logico prima ancora che giuridico non è un giustificato motivo.

Trib. Vasto, 23 aprile 2016, Giud. F. Pasquale

Mediazione civile: nell'opposizione a d.i. l'onere è a carico del creditore opposto

In caso di opposizione a decreto ingiuntivo, ed una volta che sia stata resa la pronunzia sulla concessione o sulla revoca della provvisoria esecuzione, la parte onerata di proporre la domanda di mediazione è il creditore opposto. Di conseguenza, l'improcedibilità non colpisce la domanda dell'opponente bensì quella dell'opposto e, pertanto, il decreto ingiuntivo dev'essere revocato. Nel caso di procedimento monitorio, seguito da opposizione, chi esercita l'azione è il creditore, che chiede l'emanazione del decreto ingiuntivo, l'opponente, al contrario, subisce la domanda.

Trib. Benevento, 25 gennaio 2016, Giud. L. Galasso

Mediazione obbligatoria: nel giudizio di opposizione a d.i. l'onere è carico del creditore

*Nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, relativi a una controversia in materia di contratti bancari e finanziari, l'onere di esperire il procedimento di mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis *del d.lgs. n. 28/2010 e successive modifiche, incombe sul creditore opposto, atteso che egli riveste la natura di parte attrice e che l'azione cui si riferisce la citata norma è la domanda monitoria, non già l'opposizione al decreto ingiuntivo emesso in accoglimento della stessa. Ne consegue che, in mancanza, deve disporsi la revoca del decreto ingiuntivo emesso, posto che il mancato perfezionamento della condizione di procedibilità della mediazione comporta l'improcedibilità non già dell'opposizione, bensì della domanda monitoria, stante l'unicità del processo in cui confluiscono la fase monitoria e quella di cognizione che si apre con l'opposizione.*

Trib. Busto Arsizio, 03 febbraio 2016, Giud. M. E. Pupa

Mediazione obbligatoria: in sede di opposizione a d.i. l'onere è a carico dell'opposto

Nel procedimento d'ingiunzione riguardante materie per le quali la mediazione è obbligatoria, come i contratti bancari, dopo che l'opponente ("convenuto sostanziale") ha proposto opposizione e dopo che sono state emesse le ordinanze ex *artt. 648 e 649 c.p.c., l'onere di iniziare la mediazione grava sull'opposto ("attore sostanziale"), che è il solo titolare dell'interesse ad agire. In caso di inerzia, la domanda introdotta col deposito del ricorso per decreto ingiuntivo è improcedibile e il titolo monitorio va revocato.*

Tribunale di Firenze, 17 gennaio 2016, Giud. R. Guida

Pignoramento immobiliare: possibile la rinnovazione tardiva della trascrizione

La mancata (tempestiva) rinnovazione della trascrizione del pignoramento non è causa di estinzione del processo esecutivo. Avvenuta la tardiva rinnovazione (che equivale a nuova trascrizione dell'originario pignoramento), non può arrestarsi la procedura, in quanto la fattispecie a formazione progressiva è completa e i beni possono essere messi in vendita (o, meglio, possono proseguirsi le operazioni di vendita già pendenti), con l'unica precisazione per cui si dovrà accertare previamente che non siano divenuti opponibili atti pregiudizievoli.

Trib. Lamezia Terme, 07 marzo 2016, Giud. A. Foresta

Procedimenti cautelari: escluso periculum in mora in caso di prolungata inerzia del ricorrente

Non può ritenersi sussistente il requisito del "periculum in mora", necessario ai fini della proposizione del procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., nel caso in cui il l'inerzia del ricorrente si sia protratta per un periodo di tempo tale da far ritenere che, in caso di tempestiva proposizione della domanda in via ordinaria, il giudizio sarebbe giunto a definizione.

Trib. Napoli, 08 marzo 2016, Giud. E. Pastore Alinante

Usura: escluso da Teg il costo assicurazione da equiparare a voce "imposte" e "tasse"

Nel caso di cessione pro solvendo del quinto della pensione l'obbligo del mutuatario di stipulare l'assicurazione sulla vita rappresenta una remunerazione solo per l'impresa di assicurazioni che emette la polizza e incassa il premio. I costi di assicurazione nelle cessione pro solvendo del quinto della pensione non rientrano nell'autonomia negoziale delle parti perché non derivano dalla volontà del creditore ma da un requisito di legge, pertanto, tale componente di costo può assimilarsi a quella relativa alle "imposte e tasse", cioè a tutti i costi imposti dalla legge che, ai sensi dell'art.644, c.4 C.P. e art.2, c.2, legge n.108/1996, non possono essere inclusi nel calcolo del T.E.G.M.

Trib. Torino, 08 marzo 2016, Giud. M. Giusta

Usura: interessi moratori irrilevanti ai fini dell'usura oggettiva

Allo stato non si può procedere a una valutazione del carattere usurario o meno degli interessi di mora mediante un loro raffronto con il tasso soglia, stante la mancanza di un termine di raffronto, ossia proprio di un tasso soglia, che sia coerente con il valore che si vuole raffrontare.

Trib. Milano, 28 aprile 2016, Giud. F. Ferrari

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 06 01

DATI DEL DESTINATARIO ○ nuovo abbonamento ○ rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale _____ nome _____

partita iva e/o codice fiscale _____ e-mail _____

indirizzo _____ n. _____ cap _____

città _____ pr _____ tel. _____

☐ Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie› Giapeto Editore Surl
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spediscilo, insieme alla ricevuta del pagamento
✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli
via fax inviandoli allo 081 00 93 598
@ **per email** a: info@giapeto.it

Diritto e procedura penale

Le squadre investigative comuni: l'inveramento nell'ordinamento italiano di un atteso strumento di cooperazione giudiziaria 362
di Francesca Savignano

Gli effetti processuali della nomina a difensore di fiducia effettuata dal rappresentante *suspectus*. *Nota a Corte di Cassazione, sez. V penale, 21 dicembre 2015 n.50102* 375
di Alfonso Laudonia

La prescrizione dei reati tributari in materia di I.V.A. ai tempi di "Taricco". *Nota a C.G.U.E., Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco e altri, e Cass., Sez. III, 17 settembre 2015, Pennacchini* 389
di Aldo Franceschini

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 415
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 421

Rassegna di merito 424

Francesca Savignano
Giudice presso il Tribunale di Milano

Le squadre investigative comuni: l'inveramento nell'ordinamento italiano di un atteso strumento di cooperazione giudiziaria

abstract

With the Legislative Decree 15 February 2016, n. 34, which came into force on 25 March 2016, the Framework Decision 2002/465 / JHA on 13 June 2002 has been transposed into Italian legal system. Italy has so finally implemented the European Union legislation on joint investigation teams, which represent the most advanced supranational tool for the purpose to coordinate investigations in the field of judicial cooperation in criminal law. Joint investigation teams produce a kind of operational integration between judicial and police authorities from different national legal systems and enable the direct exchange of information and the acquisition of non-repeatable evidence, without the need of the traditional means of rogatory letter. They can be set up when a Member State carries out investigations that have a connection with other Member States or when Member States are conducting investigations into criminal offenses in which the circumstances of the case necessitate coordinated, concerted action in the territories involved. The essay examines the relevant international legislation, the legal framework of the European Union and the Italian law recently adopted, finally focusing on the role of Eurojust in the establishment and operational activity of joint investigation teams.

keywords

Eurojust – Joint investigation teams.

abstract

Con il decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34, entrato in vigore il 25 marzo 2016, è stata trasposta nell'ordinamento italiano la decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio in data 13 giugno 2002. L'Italia ha così finalmente dato attuazione alla normativa dell'Unione Europea in materia di squadre investigative comuni, meglio conosciute a livello internazionale come JITs *(*Joint Investigation Teams*), che costituiscono uno strumento tra i più avanzati di coordinamento investigativo sovranazionale e, quindi, una delle manifestazioni più significative dei rapporti di cooperazione penale in ambito internazionale. Le squadre investigative comuni realizzano una sorta di integrazione operativa tra autorità giudiziarie e di polizia appartenenti a diversi ordinamenti nazionali e consentono lo scambio diretto di informazioni e l'acquisizione di prove non ripetibili, senza la necessità di ricorrere al tradizionale strumento delle rogatorie. Esse possono essere costituite quando uno Stato membro svolge indagini che presentano un collegamento con altri Stati membri, ovvero quando più Stati membri svolgono indagini su reati che, per le circostanze del caso, esigono un'azione coordinata e concertata negli Stati membri interessati.*

L'articolo, premessa una disamina delle fonti normative internazionali, approfondisce la disciplina dell'Unione Europea e la normativa italiana di recente attuazione, soffermandosi infine sul ruolo di Eurojust nella costituzione e nel funzionamento delle squadre investigative comuni.

parole chiave

Eurojust – Squadre investigative comuni.

sommario

Premessa: un quadro d'insieme del sistema di cooperazione giudiziaria penale internazionale. – **1.** L'approdo alle squadre investigative comuni: le fonti normative. – **2.** La specifica disciplina delle squadre investigative comuni nel diritto dell'UE. – **3.** La trasposizione nell'ordinamento italiano: il decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34. – **4.** Il ruolo di *Eurojust* nella costituzione e nel funzionamento delle squadre investigative comuni. – **5.** Conclusioni: un possibile salto di qualità nella cooperazione giudiziaria internazionale, ma con cautela.

Premessa: un quadro d'insieme del sistema di cooperazione giudiziaria penale internazionale

La cooperazione giudiziaria internazionale è stata definita una sorta di "cerniera"[1] tra il diritto interno e quello esterno o internazionale. L'indipendenza degli Stati sovrani[2], infatti, ha avuto sempre, come corolla-

[1] Cfr. C. Storti in *La Rogatoria Internazionale nei Codici dell'Unificazione Italiana (1861-1930),* p. 29, in atti del VII Convegno di Studi- *La circolazione della prova nell'UE e la tutela degli interessi finanziari* – Milano, 27-29 Gennaio 2011 – Centro Studi di Diritto Penale Europeo, a cura di L. A. Bana e L. Camaldo, Milano, 2011.

[2] È utile ricordare che il principio di territorialità della legge penale, considerato, da sempre, espressione tipica della sovranità statale (*superiores non recognoscentes,)* ha una base consuetudinaria**,** trattandosi di norma di diritto internazionale generale for-

rio, la limitazione delle giurisdizioni nazionali al territorio di ciascuno paese e la reciproca impermeabilità all'azione posta in essere dalle autorità di ordinamenti stranieri. Molteplici ragioni, anche di ordine pratico, hanno però imposto la ricerca di forme reciproche di assistenza tra gli Stati per soddisfare le ineludibili esigenze derivanti dall'esercizio della giurisdizione penale[3]: in primo luogo, attività di ricerca della prova all'estero[4] ovvero finalità estradizionali, ma anche il compimento di semplici attività processuali (quali notifiche di atti processuali, acquisizione di sentenze).

Per assecondare le descritte esigenze sono state attuate, nel corso del tempo, alcune mitigazioni al principio di sovranità statale, che hanno consentito di dar luogo a forme più o meno accentuate di cooperazione giudiziaria, che si traducono in una parziale rinuncia alla propria giurisdizione da parte dello Stato richiesto, in favore dello Stato che rivolge la richiesta di collaborazione internazionale. Nel nostro ordinamento, il fondamento costituzionale a tale parziale abdicazione è stato individuato nell'art. 11 della Costituzione che prevede, tra l'altro, l'accettazione, in condizioni di parità con gli altri Stati, di «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni».

Il risultato di tale processo è stata la stipula di numerose convenzioni internazionali, a partire dalla metà del secolo scorso, per la regolamentazione di forme di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati[5]. A tale ricchezza di fonti, sul piano quantitativo, non sempre è corrisposta, nelle concrete dinamiche operative, una apprezzabile efficacia delle concrete procedure di collaborazione attivate tra le competenti autorità, risultate spesso lunghe e defatiganti.

Del tutto peculiare è stato il fenomeno della cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea. Infatti, la specificità di tale organizzazione sovranazionale ha dato luogo a forme *sui generis* di collaborazione, sviluppatesi di pari passo con l'evoluzione del diritto dei Trattati istitutivi delle Comunità (poi Unione)[6], culminata nella consacrazione, nell'art. 82 del Trattato di Lisbona, del principio del mutuo riconoscimento[7] quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria penale e nella fondazione di una chiara base giuridica (art. 86), per l'istituzione dell'ufficio del procuratore europeo[8].

Un momento decisivo, nel processo di realizzazione dello spazio giudiziario europeo, è stato realizzato con il vertice europeo tenuto a Tampere il 15 e 16 ottobre del 1999, ove, per la prima volta, una sessione straordinaria del Consiglio Europeo, sotto la Presidenza finlandese, si riunì per discutere i temi legati alla giu-

matasi nell'ambito delle comunità internazionali, creata da prassi costantemente seguite, anche se è stato espressamente codificato in molte legislazioni nazionali. Da esso sono state tratte due implicazioni: innanzitutto, quella per cui il potere di esercitare la giurisdizione penale spetta solo all'autorità nazionale del luogo ove è stato commesso il reato; inoltre, le autorità giudiziarie appartenenti ad altri ordinamenti statali hanno l'obbligo di astenersi dall'esercitare il relativo potere nel territorio altrui.

[3] Per i rapporti giuridici con autorità straniere vedi V. Esposito, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere,* in *Enc. giur.* XXV, Roma 1991, p. 1; L. Kalb (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere,*Torino, 2009, p. 373.

[4] Sul tema dell'assunzione della prova all'estero vedi A. Ciampi, *L'assunzione di prove penali all'estero,* Cedam, 2003, p. 24.

[5] Una raccolta organica in tre volumi del testo delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria è stata curata dal Segretariato Generale del Consiglio dell'Unione europea *Instruments on Judicial Cooperation in criminal matters of the European Union and other Essential International Instruments on Judicial Cooperation*, Bruxelles, 2013. Più in generale, sul tema delle Convenzioni nel diritto internazionale si veda B. Conforti, *Diritto internazionale,* E.S.I., Napoli, 2013.

[6] Sul tema del diritto dell'Unione europea e sui suoi riflessi sul diritto penale nazionale, cfr. R. Sicurella, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* Milano, 1997, p. 1307; A. Tizzano, *Il Trattato di Amsterdam,* Cedam, Padova, 1998; F. Pocar (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della comunità europea e dell'Unione europea*, Milano, 2001; L. Salazar, *Le fonti tipiche dell'Unione europea,* in G. La Greca- M. Archetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 57; A. Bernardi, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea,* in *Dir. pen e proc.*, 2004, p. 5; R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005; G. Grasso e R. Sicurella (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, in *Pubblicazioni del centro di Diritto Penale europeo- Catania*, Milano, 2007;A. KLIP, *European Criminal Law:an integrative approach,* Antwerp- Ofxord -Portland, 2009;F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona,* Bologna, 2010.; G. Vernimnen, V.Tiggelen, L. Surano, A. Weyembergh, *L'avenir de la reiconaissance mutuelle en matière pènale dans l'Union europeennen,* Bruxelles, 2009; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010; C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione*, in *Cass. Pen.* n. 3, Milano, 2010; F. Viganò', *Fonti europee ed ordinamento italiano*, in *Dir, pen. e proc.*, 2011, p. 8.; L. Kalb (a cura di*), Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali,* Torino, 2012.

[7] Per una analisi di uno dei fondamentali strumenti basati sul principio del mutuo riconoscimento vedi N. Bartone, *Mandato d'arresto europeo e tipicità nazionale,* Milano, 2003.; L. Kalb (cura di), *Mandato d'Arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005.

[8] Sul tema della tutela degli interessi finanziari del'Unione europea cfr. F. Bricola *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Scritti di diritto penale*, VOL. II, Tomo 1, Milano 1997, p.2357. Sul tema del procuratore europeo cfr. M. Delmas - Marty, J.A.E. Vervaele, *The implementation of the Corpus Iuris in the Member State*, Antwerpen, 2000; G. De Amicis- G. Iuzzolino, *Lo spazio comune di libertà sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. Pen.*, Milano, 2004, p. 3067, A. Bana L. Camaldo, *Atti del VII Convegno di Studi - La circolazione della prova nell'UE e la tutela degli interessi finanziari* (a cura di), Centro Studi di Diritto Penale Europeo, Milano, 2011; J. A. Espina Ramos, I. Vincente Carbajosa, *The future European Public Prosecutor's Office,* Madrid, 2009; F. Spiezia, *Gli scenari di struttura per l'istituzione del Procuratore europeo alla luce del Trattato di Lisbona, Le questioni in gioco*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni,* a cura di G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza, Milano, 2013.

stizia e agli affari interni. Le conclusioni di quel Consiglio costituiscono uno dei più incisivi documenti di programma sin qui adottati dall'Unione in materia di cooperazione ed hanno determinato un vero e proprio salto di qualità nella sua azione, indirizzandola verso nuovi obiettivi nel contesto di una strategia e visione d'insieme.

Uno dei risultati più rilevanti di quel consesso è stato appunto l'individuazione del "principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie definito quale pietra angolare della cooperazione penale nell'UE[9]". Accanto ad esso, l'Unione si prefiggeva l'obiettivo di proseguire il processo di armonizzazione tra gli ordinamenti dei Paesi membri, secondo la logica del c.d. "doppio binario". L'obiettivo più ambizioso, rimasto sullo sfondo delle conclusioni di quel vertice, restava quello della "creazione di un vero e proprio diritto penale dell'Unione". Il Programma dell'Aja del novembre 2014[10] ed il Programma di Stoccolma del dicembre 2009[11] hanno confermato la sua importanza nel settore della giustizia penale nell'UE. Il principio è ora espressamente previsto nel Trattato di Lisbona[12].

I connotati sempre più spiccatamente imprenditoriali e transnazionali[13] assunti dalla criminalità[14] hanno, nel tempo, fortemente accresciuto l'esigenza di migliorare le relazioni di collaborazione tra gli Stati e, ancor prima, di elaborare idonei strumenti normativi.

La fondazione di un più efficiente sistema di assistenza giudiziaria per prevenire e contrastare a livello globale i fenomeni della criminalità organizzata transnazionale può considerarsi avviata dalla comunità internazionale a partire dalla fine degli anni '90[15].

L'analisi delle fonti internazionali, nel loro sviluppo cronologico, consente di cogliere un'obiettiva evoluzione dei meccanismi di cooperazione[16]: un nuovo spirito unificante è emerso, in particolare, agli inizi del secondo millennio, specie tra i paesi membri dell'UE, favorito dall'adozione del Trattato di Amsterdam adottato nel 1997 (entrato in vigore nel 1999).

Tale clima, incentivato anche dalla necessità di far fronte comune contro l'emergenza terroristica internazionale e le minacce poste alle democrazie occidentali, ha portato alla riscrittura di molte regole in materia, favorendo l'affermarsi di una dimensione orizzontale nei rapporti cooperativi, attratti sempre più nella sfera della giurisdizione penale. Ciò ha progressivamente determinato la consapevolezza che la cooperazione giudiziaria non può essere limitata alla prospettiva della mutua assistenza tra singoli Stati, secondo il principio della richiesta, ma deve rappresentare il momento di una più complessa strategia, volta a coinvolgere simultaneamente più ordinamenti, con ricorso a moduli in grado di coniugare le due fondamentali esigenze dell'efficacia e tempestività dell'azione e dell' utilizzabilità della prova raccolta all'estero. Ciò ha non solo influito sulle forme della collaborazione, spingendolo verso soluzioni innovative, quali la previsione di meccanismi per l'attuazione del coordinamento investigativo sovranazionale, ma ha anche prodotto l'avvio di una maggiore integrazione tra giurisdizioni nazionali[17].

[9] Cfr. Conclusioni della Presidenza - Summit europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, SN 200/99 par. 33.

[10] cfr. The *Hague Programme, Brussels European Council, Presidency Conclusion, 4 and 5 Nov*. 2004, in *G.U.C.E.* C 53, 3 marzo 2005, p. 10.

[11] The *Stockolm Programme*, *Stockolm European Council, Presidency Conclusion*, 11 Dicembre 2009, in *G.U.C.E.* C 115. 4 maggio 2010, p. 1.

[12] Cfr. al riguardo l' art. 67 e l'art. 82 par. 1 del T.F.E.U.

[13] L'uso dei termini "crimine transnazionale e/o criminalità transnazionale" è ricorso, per la prima volta, nei lavori negoziali dell'ONU in occasione della elaborazione della *Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Crime* (doc. A/49/748) adottata all'esito della Conferenza ministeriale sul crimine organizzato tenutasi a Napoli nei giorni 21/23 novembre 1994. Esso è comparso anche nei successi documenti e lavori preparatori che sfociarono nella Convenzione di Palermo del 2000 che all'art. 3 comma 2 ha fissato la definizione, normativamente accolta, di reato transnazionale.

[14] Sul sistema di cooperazione giudiziaria elaborato a livello globale per far fronte alle sfide del crimine transnazionale, si vedano M. Pisani, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., Giuffrè, Milano,1998 ed E. Rosi (a cura di), *Criminalità transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo,* Milano, 2007.

[15] Cfr. sul punto G. Lattanzi, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Documenti giustizia* n. 6, Roma, 2000, p. 1123.

[16] Sul tema della cooperazione giudiziaria penale davvero ampia è la bibliografia. Senza pretesa di esaustività si considerino, tra gli altri: R. Adam, la *Cooperazione in materia di giustizia ed affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. Eur.*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 227 ss.; E. Selvaggi, *La rete giudiziaria europea: uno strumento per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Documenti giustizia*, Roma, 2000; E. Selvaggi, *L'Estradizione: problematiche interpretative e applicative"*, Firenze, 1997; E. Selvaggi, *La rete giudiziaria europea: uno strumento per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Documenti giustizia*, Roma, 2000; B. Piattoli, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 183; M. Chiavario, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2005, Milano, p. 974; F. Spiezia, *Crimine Transnazionale e procedure di Cooperazione giudiziaria*, *I Libri di Guida al Diritto*, Milano, 2006 p. 47 ss.; G. Armone, B.R. Cimini, F. Gandini, G. Iuzzolino, G. Nicastro, A. Pioletti, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano, Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006; E. Aprile, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale*, Padova, 2007, p. 34; M. Cherif. Bassiouni, V. Militello, H. Satzger (a cura di), *European Cooperation in criminal matters: issues and perspectives*, in Atti e Documenti di ISIC, n. 19, Padova, 2008; E. Aprile- F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; R. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014; T. Rafaraci, *La cooperazione di polizia e Giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011.

[17] In tal senso Pisani, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., Giuffrè, Milano, 1998,

In questa prospettiva, accanto alle forme tradizionali dell' "assistenza rogatoriale", si sono sviluppate anche altre forme di collaborazione, tra cui la spontanea comunicazione transfrontaliera di informazioni (di fatti penalmente rilevanti), secondo modalità semplificate di circolazione di compendi probatori precostituiti[18]. Tali prassi, per la prima volta attuate nelle relazioni tra autorità di polizia, sono, da tempo, anche oggetto di regolamentazione nei più recenti trattati di cooperazione, che ne hanno esteso l'applicazione anche ai rapporti tra autorità giudiziarie. Esse sono state previste, ad es., dall'art. 10 della Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, dall'art. 46 della Convenzione di Schengen del 19 giugno 1990; dall'art. XXVIII dell'Accordo bilaterale Italia-Svizzera del 10 settembre 1998; dall'art. 28 della Convenzione penale sulla corruzione adottata dal Consiglio d'Europa il 27 gennaio 1999; dall'art. 26, par.1, della Convenzione sulla criminalità informatica adottata dal Consiglio d'Europa a Budapest il 23 novembre 2001; dall'art. 20 della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, controllo, sequestro e confisca dei proventi del crimine e sul finanziamento del terrorismo, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005.

Inoltre, la crescente importanza assegnata alla misura della confisca dei proventi di reato nella strategia del contrasto alle gravi forme di criminalità, specie se organizzata, ha reso necessaria l'elaborazione di apposite disposizioni pattizie per supplire al vuoto normativo dei trattati di mutua assistenza di tradizionale concezione. Il primo strumento, che ha affrontato in sede multilaterale tale tema, è stata la Convenzione di Vienna del 1988 contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope. Questa Convenzione intendeva riferirsi, secondo un approccio multidisciplinare, ai diversi aspetti del traffico illecito di droga: tra di essi, quelli finanziari, ed in particolare l'impiego dei proventi da esso derivanti, che, come si legge nel suo preambolo, «consente alle organizzazioni criminali transnazionali di penetrare, contaminare e corrompere le strutture dello Stato, le attività commerciali e finanziarie legittime». A tale convenzione, e per le medesime finalità, ha fatto seguito quella del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato[19]. Si tratta di un importante strumento convenzionale[20] sul quale si è riversata, giustamente, gran parte dell'attenzione e delle aspettative degli operatori alla luce dei precedenti di diritto internazionale, piuttosto asfittici ed imperniati sulla preminenza della normativa interna rispetto alle effettive esigenze della cooperazione.

1. L'approdo alle squadre investigative comuni: le fonti normative

Una significativa conferma del descritto percorso evolutivo è data dall'adozione, il 29 maggio 2000, ai sensi dell'art. 31 lettera a) e dell'art. 34 paragrafo 2 lettera d) del Trattato di Amsterdam, della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea. Con essa vennero fissate nuove basi nell'azione di contrasto al crimine transfrontaliero, prevedendosi anche più moderni strumenti di cooperazione giudiziaria, come nel caso delle squadre investigative comuni (art. 13), ovvero delle consegne controllate o delle operazioni sottocopertura (artt. 12-14). È stata, dunque, prevista una nuova dimensione operativa in cui risulta essenziale l'esigenza di una costante, rapida ed efficace attività di coordinamento investigativo e di scambio informativo tra le diverse autorità giudiziarie e di polizia coinvolte nei relativi procedimenti.

Per rispondere ad essa è stata presa in considerazione, dai più moderni strumenti convenzionali internazionali, la possibilità di elaborazione ed attuazione progetti investigativi comuni, concertati tra le autorità dei paesi interessati ed attuati nel quadro di ben definiti accordi. Ci si riferisce alle norme in materia di squadre investigative comuni[21], meglio conosciute a livello internazionale come *JITs (Joint Investigation Teams*), che esprimono una delle manifestazioni più avanzate dei rapporti di cooperazione giudiziaria. Esse realizzano una sorta di integrazione operativa tra autorità appartenenti a diversi ordinamenti nazionali, senza ricorrere al tradizionale strumento delle rogatorie. Le norme sulle squadre sono contenute non solo in atti normativi tipici dell'Unione europea, ma anche in altre convenzioni internazionali, alle quali è utile far cenno per alcune riflessioni comparative.

Su questo versante credo che non si possa fare a meno di tratteggiare il panorama delle fonti normative internazionali.

Innanzitutto ed in considerazione della connotazione transnazionale, che caratterizza le fattispecie in-

703 e ss.; v. Inoltre E. Selvaggi, *Criminalità transnazionale e cooperazione giudiziaria internazionale* (Relazione al Convegno internazionale organizzato dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara", Lucca, 24/25 maggio 2002).

[18] Sulle problematiche dello scambio spontaneo di informazioni cfr. E. Calvanese, *Cooperazione giudiziaria tra Stati e trasmissione spontanea di informazioni: condizioni e limiti di utilizzabilità,* nota a Cass., sez. II, 8 marzo 2002, n. 20100, Pozzi B.

[19] L'Italia ha ratificato la Convenzione del 1990 sul riciclaggio con la l. n. 328 del 9 agosto 1993 pubblicata in Suppl. Ord. G.U. n. 202 del 28 agosto 1993.

[20] In materia di rapporti di cooperazione giudiziaria con finalità di sequestro e confisca cfr. "*L'apprensione dei beni all'estero a fini di confisca o di prova nel sistema della cooperazione giudiziaria europea*", di G. Melillo, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, " *Per una formazione europea dei magistrati*", anno 2003, n. 134, p. 113 e ss.

[21] Per una panoramica dei problemi connessi alla costituzione delle squadre investigative comuni vedi G. Iuzzolino, *Le squadre investigative comuni,* in *Dir. e Giust.,* 2003, n. 15, p. XI ss.

criminatici contemplate dalla Convenzione ONU del 15 Dicembre 2000 sul crimine organizzato, ratificata dall'Italia con la l. n. 146 del 2006, l'art. 15 par. 5 della medesima Convenzione regola opportunamente i rapporti tra le diverse giurisdizioni interessate all'ampio catalogo di reati, che ne costituiscono l'oggetto.

In esso è stabilito il principio secondo cui, qualora uno o più Stati parte stiano conducendo un'indagine, un'azione penale o un procedimento giudiziario in relazione alla stessa condotta delittuosa, «le competenti autorità di quegli Stati parte si consultano, laddove opportuno, al fine di coordinare le loro azioni», con l'ulteriore possibilità di stringere, se del caso, accordi o intese, bilaterali o multilaterali, finalizzati alla "costituzione di organi investigativi comuni". Questi ultimi sono espressamente contemplati dall'art. 19 della medesima Convenzione, la quale prevede anche, nell'ipotesi di mancanza di accordi o intese, di «intraprendere indagini comuni sulla base di accordi caso per caso» nel pieno rispetto della sovranità dello Stato parte nel cui territorio tale indagine avrà luogo.

Il riferimento, sia pure in termini generali, è dunque alle squadre investigative comuni previste quali strumento per la realizzazione di forme di opportuno coordinamento investigativo nei casi di indagini c.d. parallele. La norma convenzionale citata è volutamente generica, poiché sott'intende un ruolo attivo delle autorità centrali ai fini della stipula di accordi per la creazione di tali organismi comuni, in mancanza dei quali sarà comunque possibile il raggiungimento d'intese per il compimento congiunto di singoli atti di indagine, anche con i Paesi extraeuropei. La portata generale delle previsioni esaminate lascia lo spazio per le necessarie normative nazionali di attuazione e regolamentazione.

Analoghe disposizioni sono contenute nell'articolo 9) § 1 lett. c) della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, stipulata a Vienna il 20 dicembre 1988 e ratificata con l. 328 del 1990.

Per quanto concerne il diritto dell'Unione Europea, già nel corso dei lavori del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, si era palesata la necessità che gli Stati membri costituissero senza indugio, ai sensi del Trattato di Amsterdam, squadre investigative comuni, come primo passo per combattere il traffico di stupefacenti, la tratta degli esseri umani ed il terrorismo. In questo senso vi era una sufficiente base normativa nell'art. 32 Trattato UE, secondo cui il Consiglio stabilisce le condizioni ed i limiti entro i quali le autorità competenti di cui agli artt. 30 e 31 (ossia le autorità di polizia e quelle giudiziarie) «possono operare nel territorio di un altro Stato membro in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo».

La costituzione di squadre investigative comuni ed il loro funzionamento sono stati previsti dall'art. 13 della Convenzione il 29 Maggio del 2000, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, adottata dal Consiglio a norma dell'art. 34 Trattato UE. Tale strumento si origina da una proposta italiana, positivamente sperimentata nell'ambito dell'Accordo bilaterale in materia di cooperazione giudiziaria tra Italia e Svizzera siglato il 10 settembre 1998 (Art. 21): essa è volta a disciplinare quelle forme di cooperazione rivelatesi molto utili nella prassi e nelle investigazioni, per fattispecie di reato a carattere transnazionale. Come chiarito nella Relazione esplicativa sulla Convenzione, l'art. 13 stabilisce le condizioni di costituzione delle squadre e le modalità di esecuzione dei compiti loro attribuiti, rinviando comunque alla definizione di un successivo accordo tra le competenti autorità degli Stati membri interessati la disciplina di dettaglio, senza porre alcun limite al numero di Stati che possono esser coinvolti nel programma investigativo. Tenuto conto del lento progresso sino a quel momento conseguito nei procedimenti di ratifica della Convenzione del 2000 ed al fine, pertanto, di anticiparne l'introduzione negli ordinamenti nazionali rispetto al contesto normativo della citata Convenzione[22], il Consiglio approvava il 13 giugno 2002 la Decisione quadro 2002/465/GAI relativa alle squadre investigative comuni.

Ai sensi dell'art. 5 della citata D.Q., gli effetti della stessa «cesseranno allorché la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli stati membri dell' Unione Europea entrerà in vigore in tutti gli Stati membri». Come si evince anche dal testo, essa risponde alla necessità di «lottare nel modo più efficace possibile contro la criminalità internazionale» e si presenta come «uno strumento specifico giuridicamente vincolante, da applicare nelle indagini congiunte in materia di traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani e terrorismo». Il termine di attuazione contenuto nella Decisione quadro 2002/465/GAI è scaduto il 1° gennaio 2003.

La trama della disposizione riprende le linee guida ed il contenuto dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 2000 sulla formazione delle squadre investigative comuni; ne deriva che esse possono essere previste quando più Stati membri svolgono indagini su reati che, per le circostanze del caso, esigono un'azione coordinata e concertata negli Stati membri interessati. Esse assumono un rilievo primario nel quadro dei nuovi strumenti allestiti a livello internazionale per il funzionamento dei rapporti di cooperazione giudiziaria per il contrasto al crimine transnazionale. Se per l'Unione europea la base normativa delle squadre inve-

[22] Come è noto, l'Italia è rimasta l'unico tra i Paesi Membri, a non aver ratificato la Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati Membri dell' Unione Europea del 2000 la cui ratifica è oggetto del disegno di legge delega Verini Amendola e Carra, approvato dalla Camera ed attualmente all'esame del Senato della Repubblica (A.S. n. 1949).

stigative comuni è stata delineata con tratti sostanzialmente uniformi, va ricordato che anche altri strumenti internazionali contemplano lo strumento. Mi riferisco all'art. 20 del II Protocollo Addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959.

L'istituto, inoltre, ricorre anche negli Accordi USA-UE su estradizione e mutua assistenza giudiziaria, adottati dal Consiglio dell'Unione europea il 6 giugno 2003, con i quali è stata prevista una specifica disciplina in ordine alla costituzione e all'operatività delle squadre investigative comuni, al fine di agevolare le indagini o azioni penali, che coinvolgono uno o più Stati membri e gli Stati Uniti d'America.

Alle squadre comuni, si fa rifarimento anche nell'articolo XXI dell'Accordo Italia-Svizzera ratificato con legge 367/2001, il quale prevede che «nell'ambito di fatti oggetto di procedimenti penali in ciascuno dei due Stati, le autorità giudiziarie interessate, eventualmente accompagnate dagli organi di polizia possono, previa informazione al Ministero della Giustizia, Direzione Generale degli Affari Penali, ufficio II e all'Ufficio federale di polizia, operare congiuntamente in seno a gruppi di indagine comuni».

Infine, l'articolo X co. 3 dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Albania, aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 ed alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 ed inteso a facilitarne l'applicazione, fatto a Tirana il 3 dicembre 2007 e ratificato con legge 97 del 2011, prevede che: «le autorità competenti delle parti contraenti possono costituire, di comune accordo, una squadra investigativa comune, per uno scopo determinato e una durata limitata (…)» *3.a:* «la squadra è diretta da un rappresentante dell'autorità competente che prende parte alle indagini penali della Parte contraente nel cui territorio la squadra interviene».

In particolare, l'analisi della dettagliata regolamentazione contenuta nell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 2000 e nell'art. 20 del II Protocollo addizionale dell'8 novembre 2001 consente di ricavare generali parametri interpretativi di riferimento, sia in occasione della eventuale stipula di ulteriori intese o accordi bilaterali o multilaterali a carattere generale, sia in occasione di accordi specifici, conclusi caso per caso con i Paesi extraeuropei (secondo il dettato dell'art. 19 della Convenzione ONU 2000). Si tratta, evidentemente, di regole-quadro, volte a definire una cornice generale di riferimento nel cui ambito tali gruppi investigativi possano operare efficacemente, secondo indirizzi condivisi, che troveranno la loro concretizzazione nell'accordo che fonda la singola squadra.

2. La specifica disciplina delle squadre investigative comuni nel diritto dell'UE

All'interno di questo contesto normativo, la costituzione di squadre investigative comuni tra gli Stati membri dell'UE (in base a quanto previsto dall'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 2000 sulla mutua assistenza penale) si inscrive nella logica di nuove modalità di cooperazione tra autorità giudiziarie e di polizia improntate ad una visione coordinata di più indagini nazionali. Infatti, i presupposti costitutivi della squadra sono rappresentati dallo svolgimento di indagini condotte da uno Stato membro, che presentano un collegamento con altri Stati membri, ovvero da più Stati membri su reati che esigono un'azione coordinata.

Lo sviluppo di un sistema di cooperazione giudiziaria di tipo non rogatoriale rinveniva il suo fondamento nell'art. 29 del TUE, che al fine di realizzare un più elevato livello di sicurezza in uno spazio di libertà sicurezza e giustizia, aveva richiesto una più stretta collaborazione tra autorità giudiziarie e di polizia nelle attività di contrasto alle gravi forme di criminalità organizzata in Europa.

Il concetto di coordinamento di indagini trovava concretizzazione non solo in uno strumento *ad hoc*, ma si incarnava nella costituzione di un nuovo soggetto a livello europeo: il Consiglio europeo di Nizza del 7-9 dicembre 2000 portò a compimento il disegno riformatore avviato a Tampere e, attraverso le opportune modifiche degli artt. 29-31 del T.U.E., avviava la definitiva "costituzionalizzazione" di *Eurojust*, quale soggetto cui sarebbero stati conferiti gli inediti compiti di coordinamento giudiziario sovranazionale. Si completava, in tal modo, il quadro preesistente, che prefigurava in capo ad Europol lo svolgimento di analoghe funzioni per la cooperazione tra forze di polizia.

Nella normativa dell'Unione Europea si rinviene la definizione di squadre investigative comuni e la determinazione della composizione. Più specificamente la previsione dell'art. 13 comma 1, della D.Q., statuisce che una squadra investigativa comune è costituita per uno scopo determinato e per una durata limitata (che può essere prorogata con l'accordo di tutte le parti) dalle autorità competenti di due o più Stati membri, di comune accordo, per svolgere indagini penali in uno o più degli Stati membri che la costituiscono.

Le squadre possono essere composte da autorità giudiziarie – pubblici ministeri o giudici – o di polizia giudiziaria[23] degli Stati membri partecipanti, ma vengono dirette dalla competente autorità dello Stato nel cui territorio il gruppo interviene (il direttore della squadra), sempre in osservanza del diritto di quest'ultimo. Di esse fanno, dunque, parte autorità dello Stato Membro nel cui territorio la squadra opera e autorità di altri Stati Membri, diversi da quelli dello Stato membro nel cui territorio essa interviene ma coinvolti nelle indagini, i cosiddetti membri distaccati.

[23] Tale tipo di configurazione, come sarà più avanti illustrato, non risultava prevista nel disegno di decreto legislativo delegato presentato dal Governo per l'attuazione dello strumento delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano.

Con riguardo alle modalità e all'*iter* di formazione dell'accordo per la costituzione della squadra, deve ritenersi esclusa, alla luce del principio di trasmissione diretta delle richieste di assistenza tra le competenti autorità giudiziarie (codificato in termini generali dall'art. 6 della Convenzione di Bruxelles del 2000), l'attribuzione di poteri decisori ai fini della costituzione della squadra in capo alle autorità centrali dei singoli Stati e, specificamente, ai Ministri della Giustizia degli Stati interessati, anche se il coinvolgimento dell'autorità centrale nazionale potrà risultare opportuno per la soluzione di aspetti operativi, logistici e finanziari. In ogni caso, la comunicazione dell'accordo all'autorità centrale risponde ad esigenza di opportuna e preventiva conoscenza circa la presenza e l'operatività di un proprio magistrato in territorio straniero.

La direzione della squadra è affidata ad un rappresentante dell'autorità competente dello Stato sul cui territorio vengono svolte le indagini e deve essere orientata, nel suo operare, in conformità al diritto nazionale dello Stato membro sul cui territorio interviene. Il direttore della squadra deve agire secondo le regole del proprio diritto nazionale e può impartire "istruzioni" agli altri componenti del gruppo, i quali le eseguiranno «tenendo conto delle condizioni alle quali la squadra è stata costituita». Ciò comporta che l'attività di direzione, come evidenziato nel Rapporto esplicativo alla Convenzione UE del 2000, possa mutare, «in funzione degli scopi specifici interessati, qualora la squadra svolga indagini in più di uno Stato membro».

Il principio del rispetto della *lex loci* è alla base anche delle disposizioni di cui al par. 6 dell'art. 13 della Convenzione del 2000 e par. 7 dell'art. 20 del II Protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959 in materia di mutua assistenza penale, che fanno tutti riferimento alla possibilità dei membri della squadra di eseguire misure investigative «in conformità al diritto dello Stato dell'intervento».

Soluzioni di analogo tenore, anch'esse fondate sul pieno rispetto della sovranità dello Stato parte nel cui territorio l'indagine deve avere luogo, sono del resto rinvenibili nell'art. 19 della Convenzione ONU del 15 dicembre 2000 e nell'art. 5 dell'Accordo USA-UE sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale, che richiamano, per l'adozione di specifiche misure investigative, i parametri giuridici applicabili alle attività investigative condotte a livello nazionale.

I presupposti legali per la costituzione delle squadre sono individuati nello svolgimento, nel territorio di uno Stato membro, di indagini difficili e di notevole portata che hanno un collegamento con altri Stati membri ovvero, in più Stati membri, di indagini su reati che, per le circostanze del caso, esigono un'azione coordinata e concertata negli stessi. L'opportunità di istituire una squadra dipende, in pratica, dalle relative circostanze di fatto e a seconda delle esigenze investigative. Vi sono molti esempi pratici in cui il ricorso a tale strumento può risultare un formidabile strumento investigativo. I casi di traffico internazionale di droga, di traffico di esseri umani ovvero di terrorismo costituiscono gli esempi più frequenti.

In teoria anche casi di minore rilevanza, per il numero dei soggetti investigati ovvero per le specifiche fattispecie di reato che vengono in rilievo, possono costituire l'occasione opportuna ai fini della costituzione di una squadra investigativa, purché vi sia una dimensione transnazionale dell'indagine. Naturalmente, nella pratica, bisognerà considerare che la costituzione di una squadra ed il suo funzionamento implicano dei costi che ne suggeriscono la pratica sperimentazione solo in quei casi in cui il ricorso al nuovo strumento può realmente determinare un valore aggiunto nelle indagini rispetto al ricorso al tradizionale strumento rogatoriale.

Dal punto di vista procedurale, merita evidenziare che in base al diritto dell'UE la richiesta di costituzione della squadra può provenire dal singolo Stato membro ovvero da *Eurojust*[24] o *Europol*. È significativo a tale riguardo che l'art. 6 della Decisione n. 187/2002 quale modificata dalla Decisione n. 426 del 2009 sul rafforzamento del citato organismo, consente ad *Eurojust* – sia quando opera attraverso i membri nazionali che attraverso il collegio – nell'esercizio delle sue funzioni di coordinamento, di richiedere alle competenti autorità degli Stati membri interessati di valutare se istituire una squadra investigativa comune, in conformità ai pertinenti strumenti di cooperazione che ne prevedono la costituzione.

Secondo le norme nazionali che hanno trasposto la normativa UE, in alcuni Stati membri la richiesta iniziale deve prendere la forma di rogatoria internazionale, mentre in altri l'avvio della costituzione della squadra scaturisce da una richiesta *ad hoc* avanzata dalla competente autorità giudiziaria.

Ai fini della stipula dell'accordo operativo è senza dubbio opportuno che le autorità giudiziarie che dovranno comporre la squadra, se del caso con i rappresentanti di *Europol* e di *Eurojust*, si incontrino e discutano di tutti gli aspetti sin dalla fase iniziale del procedimento investigativo, cercando di definire nell'accordo tutti gli aspetti concernenti l'operatività della squadra, con particolare riguardo alla normativa processuale da utilizzare, che potrà avere rilevanza ai fini della utilizzabilità processuale degli elementi raccolti. La pratica di *Eurojust* documentata nei rapporti annuali dell'organismo, conferma che la decisione di costituire una squadra investigativa comune rappresenta spesso l'epilogo di riunioni di coordinamento

[24] Su *Eurojust*, organismo dell'Unione europea istituito nel 2002 per rafforzare il contrasto alle forme gravi di criminalità transfrontaliera, vedi G. De Leo, *Da Eurojust al pubblico ministero europeo,* in *Cass. Pen.*, Milano, 2003, p. 1433; G. Caselli - G. De Amicis, *La natura di Eurojust e la sua attuazione nell'ordinamento interno,* in *Dir. giust.,* Milano, 2003, n. 28, p. 94 s.

promosse dai membri nazionali di *Eurojust*, nel corso delle quali vengono messi a punto, anche con il supporto di Europol e del Segretariato Generale del *Network* sulle *JIT* ospitato da *Eurojust*, tutti i contenuti del futuro accordo operativo da cui scaturisce la squadra.

Circa l'ambito operativo delle squadre, esse agiscono nel territorio degli Stati membri a cui appartengono le autorità che le costituiscono. Come tali, la loro azione, di regola, si sviluppa nel territorio di più Stati. I membri distaccati possono, in conformità del diritto dello Stato membro dell'intervento, essere incaricati dell'esecuzione di talune misure investigative dal direttore della squadra, qualora ciò sia approvato dalle autorità competenti dello Stato membro dell'intervento e dello Stato membro che li ha distaccati.

È molto importante che l'individuazione della normativa applicabile per il funzionamento delle squadre investigative sia oggetto di specifica regolamentazione nell'ambito dell'accordo iniziale (accordo costitutivo). E' parimenti opportuno che esso contenga espressamente clausole flessibili che ne consentano il necessario aggiornamento e le modifiche del caso, sulla base della evoluzione del procedimento investigativo.

Tale accordo formale tra le competenti autorità degli Stati interessati, individuate dai rispettivi ordinamenti interni sulla base della legislazione di attuazione delle fonti internazionali, dovrà poi determinare lo scopo della squadra, ossia lo svolgimento di indagini penali nei territori degli Stati che ne fanno parte, la sua durata (un periodo specificamente determinato, ma prorogabile con l'accordo di tutte le parti) e le persone che ne diventano componenti (funzionari di polizia, procuratori, giudici, o altre persone, ad es., rappresentanti di *Eurojust*, Olaf, Europol ovvero di Stati terzi).

Una delle più importanti conseguenze derivanti dalla operatività di un squadra investigativa comune attiene ai risultati derivanti dall'attività d'indagine svolta ed alla loro utilizzabilità. Infatti, le informazioni legalmente ottenute da un membro nazionale, o da un membro distaccato, durante la sua partecipazione alla squadra e non altrimenti disponibili per le autorità competenti dello Stato membro interessato, possono essere utilizzate per i fini previsti dalla costituzione della squadra, senza che a tali fini sia necessario procedere all'acquisizione di tali risultanze mediante rogatoria. Inoltre, previo accordo con lo Stato membro in cui le informazioni sono rese disponibili, esse possono essere utilizzate per l'individuazione, l'indagine ed il perseguimento di altri reati. Il consenso alla utilizzazione può essere negato soltanto qualora l'uso in questione metta a repentaglio le indagini penali nello Stato membro interessato o qualora quest'ultimo possa rifiutare l'assistenza giudiziaria ai fini di tale uso.

Non è un caso che la normativa contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 2000, nella Decisione quadro del giugno 2002 e nell'art. 20 del II Protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959, contempli i seguenti casi di utilizzabilità degli elementi raccolti durante l'operatività della squadra:

- per i fini previsti all'atto della costituzione della squadra;
- per scongiurare una minaccia immediata e grave alla sicurezza pubblica (qualora ciò non pregiudichi le indagini già avviate dalle autorità dello Stato membro interessato);
- per la individuazione ed il perseguimento di altri reati, a condizione che vi sia il consenso dello Stato membro in cui le informazioni sono rese disponibili (consenso che, comunque, può esser negato soltanto quando l'uso delle informazioni possa pregiudicare le indagini penali nello Stato membro interessato ovvero quando quest'ultimo possa legittimamente rifiutare la richiesta di assistenza giudiziaria).

Si tratta, peraltro, di un'utilizzabilità da intendere propriamente *lato sensu*, in un'accezione "atecnica", accoglibile sul piano internazionale, che non necessariamente coincide con l'utilizzabilità processuale delle informazioni raccolte, la quale deve intendersi rimessa alle regole interne dettate dalla corrispondente normativa processuale penale di ciascuno Stato, tenendo conto della tipologia dell'atto di indagine in concreto eseguito. Va ricordato che è prevista dalle fonti convenzionali regolatrici dell'istituto la possibilità che siano seguite le regole proprie delle procedure nazionali degli altri Stati membri che costituiscono la squadra, in considerazione del fatto che la legge applicabile all'esecuzione delle misure investigative è, in ogni caso, quella dello Stato dell'intervento, fatta salva l'indicazione di eventuali specifiche esigenze di cui si dovrà tener conto, necessariamente, nella formazione dell'accordo da concludere tra gli Stati interessati in relazione a ciascun caso concreto.

Problemi di particolare rilievo potranno porsi, in concreto, sul piano della rapidità ed efficacia delle misure investigative, nelle ipotesi di indagini comuni che coinvolgano più Stati aderenti all'UE ed altri aderenti al Consiglio d'Europa, ovvero ad altri organismi internazionali, per l'assenza, al di fuori del ristretto ambito UE, di strutture centralizzate con compiti di coordinamento delle attività investigative, e, soprattutto, per la configurabilità di possibili situazioni di *bis in idem*, connaturali ai fenomeni della criminalità transnazionale, per la complessità del contesto da ricostruire mediante l'indagine di polizia o giudiziaria e per il "frazionamento" e la dislocazione delle relative condotte delittuose.

Sotto tale profilo, risulteranno decisivi la previsione di specifici limiti esterni, convenzionalmente imposti ed accettati dagli Stati parti dell'accordo posto alla base dell'indagine comune (ad es., l'art. 54 della Convenzione di Schengen, che accoglie entro determinati condizioni il principio del *ne bis in idem*, pe-

raltro mai assurto al rango di norma consuetudinaria internazionalmente riconosciuta) oppure il ricorso a meccanismi informali di consultazione e coordinamento con finalità di prevenzione e composizione dei relativi conflitti di giurisdizione tra gli Stati interessati all'attività investigativa comune (ad es., l'art. 15 par. 5, della Convenzione ONU sulla criminalità organizzata transnazionale del 15 dicembre 2000).

Alla luce del quadro delineato, appare evidente che le squadre investigative comuni rappresentano certamente, per le loro caratteristiche strutturali e funzionali, uno strumento innovativo di coordinamento e di cooperazione per le indagini riguardanti i reati di criminalità organizzata a ramificazione transnazionale, che sottende un'esigenza di forte integrazione tra giurisdizioni. Esse costituiscono, nella loro pratica attuazione, una delle più incisive misure nell'azione di contrasto al crimine transnazionale: gli Stati che hanno provveduto alla loro costituzione, anche sotto il coordinamento di *Eurojust*, ne stanno già sperimentando la concreta efficacia.

3. La trasposizione nell'ordinamento italiano: il decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34

Si segnala che la Grecia soltanto nel 2008 ha attuato la normativa sulle squadre investigative con la legge interna n. 3663 del 2008 e l'Italia è rimasta a lungo l'unico paese a non aver provveduto a trasporre i contenuti della Decisione quadro 2002/465/GAI all'interno del proprio ordinamento.

Si è trattato di una clamorosa inadempienza, per un duplice ordine di ragioni: proprio all'Italia spettò l'iniziativa di prevedere lo strumento nel quadro della Convenzione UE del 2000 sulla mutua assistenza penale; le autorità giudiziarie italiane già potevano costituire squadre investigative comuni nei rapporti con autorità giudiziarie di paesi terzi (non appartenenti all'UE), basti pensare alle autorità della Confederazione elvetica ovvero a quelle albanesi.

Al fine di porre rimedio all'imbarazzante ritardo, il nostro legislatore è intervenuto con la Legge di Delegazione europea 2014 (l. 9 luglio 2015 n.114), contenente delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. La legge è entrata in vigore il 15 Agosto 2015. Essa è strutturata su 21 articoli; invece, nell'allegato B sono riportate le direttive, sui cui schemi di decreto, è previsto il parere dei competenti organi parlamentari.

In particolare, il Governo è stato autorizzato a trasporre nell'ordinamento nazionale ben 10 Decisioni Quadro (adottate nella vigenza del Trattato di Amsterdam) e 4 Direttive (adottate sotto il Trattato di Lisbona). Tra le prime, particolarmente rilevanti sono: la Decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni; la Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. Non meno importante è la parte della delega per l'attuazione di altri atti di fonte sovranazionale, quali, ad es., la Decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario e la Decisione quadro 2009/316/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS).

Quanto alle Direttive che dovranno essere recepite riveste un ruolo centrale la Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

L'attività di recepimento è imposta dalla "scure" della possibile apertura di procedure di infrazione da parte della Commissione europea (per l'intervenuta scadenza, nel mese di dicembre 2014, del periodo transitorio previsto dal Protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona). Tuttavia, sarebbe ingeneroso non riconoscere che la legge di delegazione in questione si inserisce in una più ampia opera di riforma portata avanti dal nostro legislatore e promossa dal Governo, per la modernizzazione dell'intero settore della cooperazione giudiziaria penale internazionale.

Su questo versante, si segnalano anche altri provvedimenti normativi, come, da ultimo, il d.lgs. n. 137 del 7 agosto 2015 per l'attuazione della decisione quadro 2006/783/ GAI in materia di confisca. Con queste iniziative legislative se, da un lato, si colmano storici ed inaccettabili ritardi, dall'altro, si vanno progressivamente attribuendo alla magistratura penale importanti strumenti operativi, di cui essa aveva ed ha certamente bisogno nel contrasto alle forme gravi di criminalità transnazionale. In tal modo, il principio del mutuo riconoscimento, declinato sin dal Vertice europeo di Tampere del 1999 come nuova "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati Membri dell'UE, non costituirà più solo sterile declamazione, ma riceverà concretezza ed operatività, divenendo il segno di un diverso modo di concepire ed attuare i rapporti di cooperazione giudiziaria nell'UE, consolidando la crescente reciproca fiducia tra i diversi ordinamenti e le magistrature nazionali, in vista dell'obiettivo della completa circolazione dei provvedimenti giudiziari nello Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia.

L'esercizio della delega per la trasposizione della decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, inerente alle squadre investigative comuni, è avvenuto con il recente decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34, recante norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio (13 giugno 2002) relativa alle squadre investigative comuni[25].

[25] Il decreto legislativo è stato pubblicato in *G.U.* n. 58 del 10

Tale provvedimento si compone di otto articoli. In particolare, l'articolo 1 individua l'ambito applicativo dello strumento, viceversa, i successivi articoli 2 e 3 disciplinano, rispettivamente, la richiesta di costituzione di squadra investigativa comune presentata dall'autorità giudiziaria italiana e la procedura da seguire in caso di analoga richiesta proveniente da Stato estero.

Quanto alla costituzione, il legislatore italiano ha provveduto ad una maggiore puntualizzazione dei presupposti rispetto alla normativa sovranazionale, presupposti circoscritti, ai sensi del comma 1 del citato art. 2, ad indagini relative ai delitti di cui agli articoli 51, commi 3-*bis*, 3-*quater* e 3-*quinquies*, e 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, o a delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni.

La previsione di cui al comma secondo dell'art. 2, in base al quale una squadra può essere costituita nel caso di indagini particolarmente complesse nel territorio di altro Stato, risponde all'esigenza di estenderne la possibilità di costituzione.

Ai fini del procedimento, la richiesta di istituzione della squadra investigativa comune è trasmessa alla autorità competente dello Stato membro o degli Stati membri con cui si intende istituire una squadra.

Il procuratore della Repubblica che richiede l'istituzione della squadra investigativa comune ne dà informazione al procuratore generale presso la corte di appello o, se si tratta di indagini relative ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis* e comma 3-*quater* del codice di procedura penale, al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, ai fini del coordinamento investigativo.

La richiesta di costituzione della squadra investigativa comune proveniente dall'autorità competente di altro Stato membro è trasmessa al procuratore della Repubblica il cui ufficio è titolare di indagini, che esigono un'azione coordinata e concertata con quelle condotte all'estero o al procuratore della Repubblica del luogo in cui gli atti di indagine della squadra investigativa comune devono essere compiuti.

Il procuratore della Repubblica che riceve la richiesta di cui al comma 1, se ritiene che essa interessi altro ufficio del pubblico ministero, la trasmette immediatamente, dandone avviso all'autorità straniera richiedente.

La qualifica e la responsabilità penale dei membri distaccati è regolata dall'articolo 5, mentre in materia di responsabilità civile dei membri della squadra investigativa si deve fare riferimento alle disposizioni dell'articolo 7.

L'articolo 6 affronta il delicato tema della "utilizzabilità processuale degli elementi investigativi" raccolti nel corso delle attività dispiegate dalla squadra. Il secondo e terzo comma della previsione dispongono, difatti, che nel fascicolo del dibattimento di cui all'articolo 431 del codice di procedura penale entrino a far parte i verbali degli atti non ripetibili posti in essere dalla squadra investigativa comune. Inoltre, nei casi previsti dal presente decreto, gli atti compiuti all'estero dalla squadra investigativa comune hanno la stessa efficacia degli atti corrispondenti compiuti secondo le disposizioni del codice di procedura penale e sono utilizzabili secondo la legge italiana.

L'articolo 4 del presente decreto delinea, invece, il contenuto dell'atto costitutivo. Su questo punto preme innanzitutto rilevare che il decreto del 2016 ha apportato una significante modifica rispetto al precedente schema di decreto legislativo recante le norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI, che di fatto amplia la portata operativa delle squadre investigative comuni in linea con la *ratio* sottostante la Decisione quadro del 2002. Al riguardo, si evidenzia come l'art. 4 del precedente schema di decreto legislativo nel prevedere che «l'atto costitutivo indica: a) i componenti della squadra investigativa comune, ossia i membri nazionali e i membri distaccati. I membri nazionali sono individuati tra gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria (…)», di fatto escludeva la possibilità della partecipazione alla squadra del pubblico ministero, al quale viene riconosciuta esclusivamente la direzione della *JIT* che operi nel territorio dello Stato italiano (articolo 4 co. 6).

Tale impostazione non risultava in linea con la normativa sovranazionale: come sottolineato anche nel "Manuale ad uso delle squadre investigative comuni" (Consiglio dell'Unione europea 15790/1/11 REV 1) tra i principali vantaggi di una *JIT* va annoverata la «possibilità di scambiare informazioni direttamente tra i membri della JIT senza dover ricorrere a richieste ufficiali», nonché la «possibilità di richiedere misure investigative direttamente tra i membri della squadra, senza bisogno di rogatorie». In altre parole, la *ratio* sottesa alla previsione delle squadre investigative è quella di agevolare lo svolgimento di attività d'indagine che «comportino inchieste difficili e di notevole portata, che hanno un collegamento con altri Stati Membri» (art. 1, § 2 lett. a), evitando il ricorso a richieste rogatoriali e consentendo la diretta utilizzabilità degli atti acquisiti.

La previsione di una mera "direzione esterna" della squadra da parte del pubblico ministero, tra l'altro limitata agli atti compiuti dalla squadra nel territorio italiano, risultava estremamente riduttiva dello strumento delle squadre investigative. È evidente, infatti, che le finalità della squadra investigativa comune sarebbero state fortemente compromesse, e la sua efficacia fortemente depotenziata, ove il ruolo del pubblico ministero fosse stato limitato alla mera direzione, senza consentirne la diretta partecipazione. Ne sarebbe derivata, invero, un'irragionevole differenziazione sul pinao del regime di acquisibilità/utilizzabilità degli

Marzo 2016.

atti di indagine, atteso che gli atti delegati dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria ed espletati dalla squadra investigativa comune sarebbero stati passibili di diretta utilizzabilità (seppur nei limiti indicati sub art. 6), mentre gli atti compiuti direttamente dal pubblico ministero sarebbero stati acquisiti dall'autorità straniera attraverso richiesta rogatoriale. Anche per quanto attiene alle attività svolte all'estero, il pubblico ministero non avrebbe potuto partecipare all'acquisizione di prove, se non attraverso gli ordinari canali rogatoriali.

Siffatta irragionevole esclusione è stata superata in sede di esame del provvedimento legislativo finale, così come emendato presso la competente Commissione legislativa del Senato, che ha espressamente recepito la possibilità di diretta partecipazione del pubblico ministero italiano alla squadra investigativa comune: ad essa consegue l'effetto della piena e diretta utilizzabilità degli atti compiuti.

4. Il ruolo di *Eurojust* nella costituzione e nel funzionamento delle squadre investigative comuni

Il tema delle squadre investigative comuni è presente in più punti della normativa che nel 2009 ha rafforzato le prerogative di *Eurojust*. Non poteva essere diversamente, avuto riguardo alla coincidenza tra la finalità dello strumento di *cooperazione* giudiziaria in questione ed i compiti di coordinamento sovranazionale propri dell'organismo di cooperazione[26].

Come è noto, l'obiettivo di fondo della citata Decisione n. 426 è stato quello di accrescere l'effettività dell'azione di *Eurojust*, migliorando, nel quadro delle possibilità offerte dall'allora Trattato di Amsterdam, la capacità di coordinamento e di supporto alle autorità giudiziarie nazionali, mediante:

- il rafforzamento delle capacità strutturali - operative dell'organismo;
- l'incremento delle prerogative dei Membri nazionali e del Collegio;
- il miglioramento della capacità di scambiare informazioni con l'autorità nazionale;
- il rafforzamento della cooperazione con la Rete e con le autorità nazionali;
- il miglioramento con gli altri organismi di cooperazione e con gli Stati terzi.

Per la verità la nuova Decisione si caratterizza per uno sfumato rafforzamento dei poteri del membro nazionale, a fronte di innovative attribuzioni che potranno essergli conferite quale autorità giudiziaria nazionale[27].

La possibile duplice natura dell'azione esercitata, come membro di *Eurojust* o come competente autorità nazionale, può manifestarsi, in particolare, in occasione della partecipazione ad una squadra investigativa comune, che potrà essere subordinata da ciascuno Stato membro ad un accordo con la competente autorità nazionale. Non è un caso che alle squadre possano partecipare, sebbene non abilitati a svolgere attività diretta, anche organismi europei come *Europol*, *Olaf* e gli stessi membri nazionali di *Eurojust*, ed anche rappresentanti di altre agenzie internazionali, come l'*FBI*. A tale riguardo, i membri nazionali di *Eurojust*, qualora agiscano nell'esercizio dei poteri loro conferiti come autorità giudiziarie (o di polizia) nazionali e, ove ciò sia previsto dalla loro legislazione nazionale, possono divenire a pieno titolo membri di una squadra investigativa comune, con i relativi poteri. Quando agiscono invece solo nella qualità di organi di *Eurojust*, essi possono svolgere una funzione sì importante, anche nella fase costitutiva della iniziativa, ma come elementi esterni di supporto e non quali componenti della squadra.

[26] Il 16 dicembre 2008 il Consiglio ha adottato la decisione n. 426 finalizzata al rafforzamento di *Eurojust*, fissando al 4 giugno 2011 il termine entro cui gli Stati membri avrebbero dovuto attuarne il contenuto negli ordinamenti nazionali.

[27] Del tutto innovativa ed in grado di contribuire al miglioramento dell'azione dell'organismo, se compiutamente trasposta a livello nazionale, è l'attribuzione di poteri al membro nazionale nella sua capacità di competente autorità giudiziaria nazionale secondo il proprio diritto interno, in base ai nuovi articoli 9-*ter*, 9-*quater* e 9-*quinquies*. In dettaglio, ai sensi dell'art. 9 *ter* ciascun Membro, nella sua posizione di autorità nazionale, potrà ricevere e trasmettere richieste di assistenza giudiziaria, dar seguito ad esse, adottare iniziative per facilitare l'esecuzione, fornire informazioni supplementari, e nel caso di parziale o inadeguata richiesta di assistenza, potrà fornire alla competente autorità richiedente, informazioni supplementari al fine di assicurare l'ottimale esecuzione. Gli stessi poteri potrà esercitare in relazione alla esecuzione dei provvedimenti che gli verranno trasmessi fondati sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Ai sensi dell'art. 9-*quater* il Membro nazionale potrà, in accordo con la competente autorità giudiziaria e sulla base di una valutazione da operarsi caso per caso, emettere e completare richieste di assistenza giudiziaria o provvedimenti basati sul principio del reciproco riconoscimento; eseguire nel proprio Stato membro richieste di assistenza giudiziaria o provvedimenti basati sul principio del reciproco riconoscimento; ordinare misure investigative considerate necessarie e concordate nel corso di attività di coordinamento organizzate da *Eurojust*, al fine di fornire assistenza alle competenti autorità coinvolte, ed a condizione che le autorità nazionali cui l'ordine è rivolto, siano state comunque invitate a parteciparvi; autorizzare e coordinare consegne controllate nei loro Stati membri. Infine, ai sensi dell'art. 9-*quinquies* i Membri nazionali, sempre nella loro posizione di competenti autorità nazionali, nei casi di urgenza, potranno autorizzare e coordinare consegne controllate nei loro Stati membri; dare concreta esecuzione a richieste di assistenza giudiziaria ovvero a provvedimenti basati sul principio del reciproco riconoscimento. Trattasi, come è agevole rilevare, di attribuzioni di grande rilievo destinate ad introdurre significativi cambiamenti nelle dinamiche della cooperazione giudiziaria, specie per ciò che riguarda i rapporti tra il Membro nazionale e le corrispondenti autorità giudiziarie. Il loro esercizio è comunque ispirato all'esigenza di conservare in capo all'autorità nazionale la primaria responsabilità nella conduzione del procedimento, ma con opportuni temperamenti che consentano di dare rilievo a situazioni implicanti l'adozione di urgenti misure, in una logica di condivisione tra l'autorità nazionale ed il Membro nazionale. Per tali ragioni, quest'ultimo dovrà precisare e rendere sempre nota la sua qualità, specificando se stia agendo come organo di *Eurojust* o come competente autorità nazionale.

Lo stesso dicasi per i membri di *Europol*, che ai sensi dell'art. 3a della relativa Convenzione, possono partecipare alla *JIT* nella loro capacità di supporto, ma non è dato loro prendere parte ad alcuna misura coercitiva.

Sotto questo profilo, appaiono utili le specificazioni operate dall'art. 9-*septies* della Decisione del 2009 secondo cui gli Stati membri possono subordinare la partecipazione del membro nazionale all'accordo con la propria a.g. e all'obbligo di specificare la diversa qualità che potrà dispiegarsi dal singolo componente (quale autorità nazionale ovvero quale rappresentante di *Eurojust*).

Le norme descritte saranno di grande impatto nell'esercizio delle funzioni di coordinamento e porranno il membro nazionale in una chiara posizione di intersezione tra l'organismo europeo e l'ordinamento di appartenenza, di cui costituirà sempre più una vera e propria estensione, in relazione a singoli procedimenti, sul piano sovranazionale.

Pur non essendo obbligatorio prevedere il coinvolgimento di *Eurojust* ed *Europol* nell'istituzione e nel funzionamento di una squadra investigativa comune, entrambe le organizzazioni svolgono un ruolo cruciale ai fini dell'efficacia e della capacità operativa della squadra e del successo globale delle indagini. Inoltre, l'esigenza di costituire una squadra investigativa comune integra una di quelle circostanze che rendono obbligatoria una comunicazione al membro nazionale, ai sensi dell'art. 13 della Decisione del 2009 citata. L'obbligo è finalizzato al miglioramento delle funzioni di coordinamento investigativo sopranazionale attraverso la previsione di flussi informativi tra il membro nazionale e le corrispondenti autorità giudiziarie (art. 13), essendo la disponibilità di informazioni sulla esistenza di indagini a carattere transnazionale o, più semplicemente, di fatti criminosi coinvolgenti due o più Stati membri (ovvero Stati terzi), imprescindibile condizione affinché Eurojust possa svolgere il proprio mandato.

Il principio di fondo è che le competenti autorità giudiziarie degli Stati membri devono scambiare con l'organismo ogni informazione funzionale alle esigenze del coordinamento, superando la natura episodica e non strutturata del flusso informativo.

Più specificamente, le autorità nazionali dovranno comunicare all'organismo, attraverso i previsti canali di trasmissione sicura: le indagini in cui sia emersa la necessità di istituire una squadra investigativa comuni ed i risultati della stessa; i casi in cui siano sorti conflitti di giurisdizione o gli stessi potrebbero sorgere; le indagini in cui vadano disposte consegne controllate riguardanti almeno tre Stati (e coinvolgenti almeno due Membri Nazionali); i casi in cui siano emerse reiterate difficoltà ovvero il rifiuto di eseguire richieste di cooperazione giudiziaria.

Accanto a queste ipotesi, di agevole interpretazione e trasposizione sul piano interno, vi è l'ulteriore obbligo di comunicazione, a carattere generale, riguardante casi in cui siano coinvolti tre Stati Membri e nei quali siano state trasmesse richieste di assistenza giudiziaria ad almeno due di essi in procedimenti penali riguardanti particolari reati. La capacità dei membri delle SIC (squadre investigative comuni) di condividere direttamente le informazioni, senza la necessità di avanzare richieste formali, e di richiedere misure investigative direttamente tra loro, nonché il coinvolgimento di *Eurojust* tramite il suo sostegno e la sua assistenza diretta, si sono dimostrati aspetti di notevole valore nella pratica.

Nel corso del 2011 *Eurojust* ha continuato il proprio progetto di finanziamento delle SIC denominato "Sostegno a un impiego maggiore delle *JITs*", grazie al sussidio ricevuto dalla Commissione europea nell'ambito del programma finanziario "Prevenzione e lotta alla criminalità 2007-2013". Nel solo 2011, grazie a questo progetto *Eurojust* ha fornito sostegno a 34 *JITs*. Nel 2014 sono state sostenute dai membri nazionali di *Eurojust* 122 squadre investigative di cui 45 di nuova istituzione. Nel 2015, *Eurojust* è stata impegnata nel sostengo a 120 squadre investigative comuni, di cui 46 di nuova istituzione.

L'aumento crescente, nel tempo, del numero delle SIC a livello europeo supportate da *Eurojust* suggerisce che gli operatori giudiziari e le autorità di polizia si rivolgono al suddetto organismo come punto di riferimento nel decidere quando sia appropriato costituire una squadra investigativa comune. Infatti, in virtù del ruolo che svolgono nello scambio di informazioni e nel coordinamento dell'assistenza giudiziaria, *Eurojust* ha la possibilità di individuare i casi che si prestano ad un intervento di una squadra investigativa comune e quindi di chiedere agli Stati membri di rispondere ad una tale richiesta. Questo ruolo centrale dell'agenzia dell'Unione Europea è stato ulteriormente rafforzato a partire dal 2011 con l'istituzione del Segretariato della rete delle SIC presso *Eurojust*. Quest'ultimo ha provveduto all'organizzazione di attività, che hanno portato alla pubblicazione della versione riveduta del manuale *Eurojust* ad uso delle squadre investigative comuni per gli operatori giudiziari in tutte le lingue dell'Unione europea. *Eurojust* fornisce, inoltre, assistenza nel quadro della gestione amministrativa delle *JITs*, nonché assistenza e consulenza per il finanziamento e il supporto per istituire e rendere operative le Squadre investigative comuni.

Il procedimento per la costituzione di una *JIT* sotto l'egida di *Eurojust* segue un *iter* che vede uno sviluppo procedimentale attraverso i seguenti *steps*:

- la trasmissione, via *email*, di un modulo indicante le esigenze operative delle autorità competenti degli Stati membri che compongono la squadra investigativa comune (*i*), l'accordo costitutivo (*ii*) ed il formulario di richiesta di finanziamento (*iii*);
- la valutazione e la decisione, entro 15 giorni dalla presentazione della richiesta;

- il completamento del piano di azione entro 3 mesi dalla richiesta;
- l'eventuale richiesta di rimborso delle spese, entro un mese dal termine delle operazioni.

Nel quadro del progetto di finanziamento sono disponibili aiuti finanziari per le spese di viaggio/soggiorno e di traduzione/interpretazione, nonché per il supporto logistico per il quale ai membri delle squadre investigative comuni *Eurojust* concede il prestito di diverse apparecchiature quali telefoni cellulari, computer portatili, stampanti e scanner mobili per facilitare la comunicazione. Non sono, invece, compresi tra le attività soggette a finanziamento Europeo i costi e gli oneri finanziari sostenuti dalle autorità nazionali precedenti all'istituzione di una *JIT* nonché l'acquisizione dell'equipaggiamento finalizzato all'operatività delle squadre.

5. Conclusioni: un possibile salto di qualità nella cooperazione giudiziaria internazionale, ma con cautela

Dunque, l'auspicio che tale strumento sia prontamente sperimentato nella pratica, né può essere altrimenti considerati i molteplici vantaggi connessi alla costituzione di una squadra investigativa comune, rispetto alle forme tradizionali di cooperazione internazionale tra le varie autorità giudiziarie, come l'istituzione di indagini parallele e lo scambio di rogatorie. Si tratta indubbiamente di uno strumento destinato a realizzare un salto di qualità nei meccanismi di cooperazione giudiziaria che potrà consentire:

- di scambiare informazioni ed evidenze con finalità probatoria direttamente tra i membri della squadra, senza dover ricorrere a richieste formali;
- di richiedere misure investigative direttamente tra i membri della squadra, senza bisogno di rogatorie. Ciò vale altresì per le richieste di misure coercitive;
- di presenziare, ad opera delle autorità giudiziarie e di polizia, a perquisizioni domiciliari ed audizioni in tutte le giurisdizioni partecipanti alla squadra, contribuendo a superare le barriere linguistiche che il caso può presentare;
- di coordinare iniziative in loco e di scambiare conoscenze specialistiche a livello informale;
- di sviluppare una fiducia reciproca tra gli operatori giudiziari dei diversi stati membri che collaborano e decidono insieme in merito a strategie investigative e repressive;
- di consentire la partecipazione di *Europol* ed *Eurojust* attraverso i propri rappresentanti, quali portatori di *expertise* nel settore della cooperazione transfrontaliera, con la loro assistenza ed appoggio diretto.

Finalmente, dunque, anche l'Italia si è allineata agli altri Paesi dell'UE, dotandosi di uno dei più inediti meccanismi operativi in materia di cooperazione giudiziaria internazionale. Nel quadro di una visione coordinata delle indagini per reati di criminalità organizzata a ramificazione transnazionale si tratta, senz'ombra di dubbio, della più incisiva strategia nell'azione di contrasto al crimine.

Essa potrà contribuire ad accrescere la reciproca conoscenza degli ordinamenti in cui opererà la squadra, da parte dei singoli componenti, con ciò alimentando il senso di reciproca fiducia tra gli operatori, questa volta costruito non attraverso astratte previsioni normative, imposte dall'alto, ma mediante concrete dinamiche di collaborazione, attuative di un progetto comune.

Restano naturalmente da controllare e verificare con attenzione i risultati prodotti dal funzionamento delle squadre, in termini di "fruibilità e spendibilità" degli elementi investigativi raccolti durante le indagini, nelle successive fasi processuali, allorché verranno presentati in sede giurisdizionale gli esiti del lavoro svolto.

In questa direzione è difficile azzardare compiute previsioni; tutto dipenderà dalla capacità degli operatori, in primo luogo dei pubblici ministeri partecipanti alla squadra, di prevedere e, quindi, di anticipare nella definizione dell'atto costitutivo, le problematiche inerenti all'ammissibilità ed all'utilizzabilità della prova, che potranno emergere dall'attività della costituenda squadra. L'effettivo successo dello strumento è nelle mani degli operatori, non solo per le accelerazioni che sapranno imprimere ai meccanismi acquisitivi della prova, ma anche per l'utilizzabilità dei risultati in sede giurisdizionale. In questo senso, appare suggeribile in una fase iniziale di applicazione dello strumento, un approccio prudente al suo utilizzo, sperimentandone la sua valenza in casi appropriati, cioè, per forme di criminalità grave autenticamente transnazionale: il suggerimento è evitare l'utilizzo generalizzato in qualsivoglia procedimento che abbia implicazioni *ultra fines*.

Alfonso Laudonia
Assegnista di Ricerca Economy Legal Security - Università Telematica Pegaso

Gli effetti processuali della nomina a difensore di fiducia effettuata dal rappresentante *suspectus*

Nota a Corte di Cassazione, sez. V penale, 21 dicembre 2015, n. 50102

abstract

The institution participates in criminal proceedings by means of the legal representative, except where the same is inconsistent. The conflict of interest between the legal entity and the representative accused or under investigation for the predicate offence is descended from an irrebuttable presumption whose effects manifest themselves already in the choice of the defender of faith.

If the administrator of the company accused of the offence from which depends the liability of the company to appoint the defender of society, is an absolute nullity detectable in each State and degree of the process, having proceeded in the absence of a defender validly nominated.

keywords

The rights of defence of the institution – Incompatibility – Conflict of interest – Appointing trusted Defender – Absentia – Public Defender – Subjective legitimacy to challenge – Prescription.

abstract

L'ente partecipa al procedimento penale a mezzo del rappresentante legale, salvo il caso in cui lo stesso sia incompatibile. Il conflitto di interesse tra il soggetto giuridico e il rappresentante imputato o indagato per il reato presupposto discende da una presunzione assoluta i cui effetti si manifestano già nella scelta del difensore di fiducia.

Qualora l'amministratore della società imputato del reato da cui dipende la responsabilità dell'ente nomini il difensore della società, ha luogo una nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del processo, essendosi proceduto in assenza di un difensore validamente nominato.

parole chiave

Diritti di difesa dell'ente – Incompatibilità – Conflitto di interessi – Nomina difensore di fiducia – Contumacia – Difensore d'ufficio – Legittimazione soggettiva ad impugnare – Prescrizione.

Svolgimento del processo – Sulla legittimazione ad impugnare – La rappresentanza legale dell'ente ed il conflitto di interessi con il rappresentante suspectus – La portata dell'incompatibilità e la sorte degli atti compiuti per conto dell'ente dal legale rappresentante incompatibile – Analisi della prescrizione

L'incompatibilità del legale rappresentante dell'ente a rappresentarlo nel procedimento a suo carico qualora egli sia contestualmente anche imputato per il reato presupposto della responsabilità addebitata alla persona giuridica, discende dalla presunzione iuris et de iure *della sussistenza di un conflitto di interessi tra ente e suo rappresentante, destinata a rivelarsi già nel primo atto di competenza di quest'ultimo, ovvero la scelta del difensore di fiducia e procuratore speciale senza la cui nomina il soggetto collettivo non può validamente costituirsi. Di talché qualora l'amministratore della società imputato del reato da cui dipende la responsabilità dell'ente, nomini il difensore della società, ha luogo una nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del processo, essendosi proceduto in assenza di un difensore validamente nominato.*

Ai sensi dell'art. 39, comma 1, d.lgs. n. 231/2001 sussiste l'incompatibilità del legale rappresentante dell'ente a rappresentarlo nel procedimento a suo carico qualora egli sia contestualmente anche imputato per il reato presupposto della responsabilità addebitata alla persona giuridica. L'incompatibilità discende dalla presunzione iuris et de iure *della sussistenza di un conflitto di interessi tra ente e suo rappresentante, è destinata a rivelarsi già nel primo atto di competenza di quest'ultimo e cioè la scelta del difensore di fiducia e procuratore speciale senza la cui nomina il soggetto collettivo non può validamente costituirsi. Tale incompatibilità ha carattere assoluto, con la conseguenza che il rappresentante incompatibile non può compiere alcun atto difensivo nell'interesse dell'ente e quest'ultimo, se materialmente posto in essere, dovrebbe considerarsi inefficace. In particolare sarebbe privo di efficacia non solo l'atto di costituzione, ma altresì anche l'eventuale nomina di un difensore di fiducia effettuata*

indipendentemente dalla formale costituzione, con l'ulteriore conseguenza che tale nomina sarebbe tamquam non esset *e gli atti compiuti dal difensore in esecuzione di un mandato privo di efficacia inammissibili.*

Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102
Pres. Fumu; Rel. Pistorelli

(Omissis)

Svolgimento del processo

1. Con la sentenza impugnata la Corte d'appello di Bari, in parziale riforma della pronunzia di primo grado, ha dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione nei confronti di D. A.C. e D.G. per i reati di cui agli artt. 110, 483 e 640 *bis* c.p., confermando invece la condanna *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, della G. H. s.r.l. in riferimento al menzionato reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e le statuizioni adottate dal giudice di prime cure in merito alla confisca per equivalente del profitto dello stesso reato.

La vicenda riguarda il conseguimento da parte della G. H. di agevolazioni finanziarie erogate dal Ministero delle attività produttive *ex* l. n. 488 del 1992, attraverso artifizi consistiti nella presentazione di una perizia attestante la non necessità di autorizzazioni per l'esecuzione di lavori edilizi e facendo figurare altrettanto falsamente l'avvenuto conferimento delle risorse proprie necessarie per la copertura della quota dell'investimento finanziato spettante alla società.

Avverso la sentenza ricorrono entrambi gli imputati e la G. H.

Con gli identici ricorsi proposti nell'interesse di D. A.C. e D.G. articolano quattro motivi.

Con il primo i ricorrenti deducono errata applicazione della legge penale e violazione di legge, eccependo la nullità delle sentenze di primo e secondo grado nella parte relativa alla condanna dell'ente in difetto di una valida costituzione del medesimo in quanto rappresentato in entrambi i gradi di merito dal difensore di fiducia invalidamente nominato dallo steso D. nella sua qualità di amministratore della G. H. L'incompatibilità del D. a rappresentare l'ente in quanto imputato del reato da cui dipendeva la responsabilità dell'ente, pur correttamente rilevata dalla Corte territoriale, non determina infatti l'inefficacia dell'atto d'appello – come invece sostenuto in sentenza – bensì e per l'appunto che si è proceduto in assenza di un difensore validamente nominato, configurandosi così una nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado del processo.

Con il secondo motivo lamentano ulteriore violazione di legge in merito al ritenuto difetto di legittimazione degli imputati ad impugnare le statuizioni della sentenza di primo grado concernenti la responsabilità dell'ente ed in particolare quelle relative alla confisca del profitto del reato. Legittimazione invece sussistente in capo all'imputato che sia altresì socio e amministratore dell'ente medesimo, atteso che la condanna di quest'ultimo si riverbera sul suo patrimonio – e dunque indirettamente sul socio chiamato a ripianare le conseguenti perdite mediante la ricostituzione del capitale sociale – e comporta l'eventuale responsabilità di chi l'ha gestito per il danno causato allo stesso.

Con il terzo motivo viene denunziata errata applicazione della legge penale in merito alla confisca della somma sequestrata all'ente a titolo di equivalente del profitto del reato di truffa, atteso che ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 19, comma 1, non può essere disposta la confisca del profitto nella parte in cui può essere restituita al danneggiato. Posto che oggetto di sequestro era stata una somma corrispondente all'entità dei finanziamenti erogati dal Ministero delle attività produttive che lo stesso aveva provveduto successivamente a revocare, tale somma doveva essere restituita all'autorità erogante. Ed in tal senso la Corte territoriale avrebbe illegittimamente confermato la confisca della suddetta somma nella forma per equivalente, mentre la sentenza di primo grado si era limitata a disporre la confisca del profitto del reato, ritenendo così l'inapplicabilità del disposto dell'art. 19, comma 1, citato, peraltro in maniera erronea, atteso che lo stesso deve invece ritenersi applicabile anche nel caso la confisca venga disposta per equivalente.

Con il quarto motivo, infine, i ricorrenti deducono errata applicazione della legge penale e correlati vizi della motivazione in merito alla ritenuta responsabilità dell'ente. In particolare con il motivo in esame si lamenta l'inconfigurabilità del reato presupposto di tale responsabilità, atteso che la mera proposizione della domanda di accesso ai finanziamenti in cui viene dichiarato il possesso di requisiti invero inesistenti non è sufficiente ad integrare la truffa contestata, come dimostrano altresì i poteri di revoca per difetto degli stessi esercitagli dall'autorità erogante anche successivamente all'ammissione provvisoria del richiedente alle agevolazioni. In tal senso solo la mancata realizzazione del progetto oggetto della domanda consentirebbe di ritenere la stessa menzognera, fattispecie che non ricorre nel caso di specie atteso che il progetto è stato compiutamente realizzato.

Sotto altro profilo i ricorrenti rilevano come le artificiose operazioni sul capitale sociale contestate – per quanto emerge dalla stessa sentenza – sarebbero state effettuate al fine del conseguimento della seconda rata del finanziamento, il che esclude qualsiasi rilevanza causale di tali condotte con riguardo all'erogazione della prima rata, avvenuta in un momento precedente.

In tal senso, escluso che la frode sia stata consumata come invece contestato attraverso la proposizione della domanda di finanziamento, il profitto illecito realizzato corrisponderebbe esclusivamente alla quota del medesimo erogato con la seconda rata e cioè quello derivato dalla consumazione dell'effettiva condotta fraudolenta eventualmente posta in essere.

In secondo luogo la motivazione della sentenza sarebbe illogica nella misura in cui afferma la fittizietà dei conferimenti del socio D.G. escludendo la compensazione degli stessi con il credito vantato da quest'ultimo in relazione al conferimento di un immobile. È si vero che l'atto di vendita di tale immobile è posteriore ai fatti, ma la Corte territoriale avrebbe in proposito trascurato di rilevare come nello stesso si farebbe riferimento alla già avvenuta corresponsione del prezzo da parte della società.

Quanto alla falsa perizia, i giudici del merito avrebbero erroneamente ritenuto che l'attestazione della regolarità delle opere finanziate fosse requisito imposto dal decreto di concessione provvisoria delle agevolazioni, atteso che lo stesso si limitava ad assegnare al beneficiario l'obbligo di operare nel pieno rispetto delle norme edilizie, urbanistiche e di salvaguardia ambientale, la verifica del cui rispetto veniva demandato alla fase del collaudo dell'opera, con la conseguenza che è in quel momento che dovevano sussistere le eventuali necessarie autorizzazioni. Conseguentemente il presunto artifizio non avrebbe avuto – contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza – una qualsiasi efficienza causale nell'erogazione della seconda rata del contributo. Peraltro la perizia sospettata di falsità riguarda esclusivamente le opere indicate nel progetto allegato alla domanda, talché l'indicazione di altro manufatto eventualmente eseguito abusivamente – che è poi l'oggetto del rimprovero mosso dalla Corte territoriale – esulava dall'oggetto dell'attestazione richiesta al perito. Né la sentenza ha fornito prova del rapporto di essenzialità tra tale manufatto e le opere di ristrutturazione finanziate.

Infine ulteriore difetto di motivazione emerge dalla mancata verifica, al di là delle condotte contestate, dell'effettivo possesso da parte dell'ente richiedente dei requisiti per ottenere la seconda rata di finanziamento e cioè l'apporto nell'esecuzione del progetto di una determinata quota di capitale proprio e la legittimità sotto il profilo edilizio ed urbanistico dell'intervento finanziato. Verifica invece necessaria ai fini dell'affermazione dell'ingiustizia del profitto, ineludibile presupposto per la configurabilità del reato presupposto di truffa.

Il ricorso proposto nell'interesse della G.H. s.r.l. articola tre motivi in tutto sovrapponibili al primo, terzo e quarto dei ricorsi dei due imputati, alla cui illustrazione pertanto si rinvia.

Sulla legittimazione ad impugnare

I ricorsi di D.A.C. e D.G. sono inammissibili, dovendosi escludere che l'imputato autore del reato presupposto sia legittimato e abbia interesse ad impugnare, anche nel caso di *simultaneus processus*, il capo della sentenza relativo all'affermazione della responsabilità *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, dell'ente nel cui interesse o vantaggio lo stesso sia stato commesso.

Quanto alla legittimazione, l'art. 71, del citato decreto legislativo, nel disciplinare le impugnazioni delle sentenze relative alla responsabilità amministrativa dell'ente, individua inequivocabilmente ed esclusivamente in quest'ultimo il soggetto legittimato proporle, com'è logico atteso che è anche l'unico soggetto nei cui confronti è destinata a produrre direttamente i propri effetti la decisione oggetto di impugnazione e ad essere applicate le sanzioni amministrative previste dal decreto. Né rileva in senso contrario quanto stabilito dal successivo art. 72, il quale riproduce sostanzialmente la regola posta dall'art. 587 c.p.p., comma 1, in tema di estensione dei motivi d'impugnazione nel procedimento soggettivamente cumulativo. Infatti che l'ente possa giovarsi dell'impugnazione proposta dall'imputato purché non fondata su motivi esclusivamente personali (e viceversa), non è certo sintomo della legittimazione dello stesso imputato ad impugnare i capi della sentenza che riguardano l'affermazione della responsabilità della persona giuridica, così come egli non sarebbe legittimato ad impugnare quelli relativi alla posizione di altro imputato.

Quanto invece alla sussistenza dell'interesse all'impugnazione – prospettato dai ricorrenti in relazione al fatto che essi sono anche soci della G.H. s.r.l. – deve ritenersi che siano affatto irrilevanti le conseguenze economiche indirette o riflesse che potrebbero riverberarsi nella sfera soggettiva del socio o dell'amministratore a seguito dell'irrogazione delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001, a maggior ragione, com'è nel caso di specie, quando quest'ultimo vanta personalità giuridica ed è dunque dotato di piena autonomia patrimoniale.

In realtà l'impostazione seguita nei ricorsi sconta in radice l'errore di aver concentrato l'attenzione sulla legittimazione oggettiva degli imputati – e cioè sulla configurabilità di un proprio autonomo interesse a proporla (comunque inesistente) – quando invece, come illustrato, ciò che rileva a monte, alla luce del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, è il loro difetto di legittimazione soggettiva ad impugnare, legittimazione la cui perimetrazione è rimessa alle scelte discrezionali del legislatore con l'unico limite della ragionevolezza, che certo non può ritenersi violato solo che si pensi come l'ente, nel sistema configurato dal d.lgs. n. 231 del 2001 – non risponde direttamente del reato– non ha cioè diretta soggettività penale – ma di un autonomo illecito che nella sua sostanza si risolve nel non aver saputo creare le condizioni per prevenirne la consumazione qualora lo stesso risulti essere stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio dai soggetti tassativamente indicati nell'art. 5 dello stesso decreto.

La rappresentanza legale dell'ente ed il conflitto di interessi con il rappresentante *suspectus*

È invece fondato il primo motivo del ricorso della G. H., il cui accoglimento comporta l'assorbimento di

tutti gli altri motivi proposti dall'ente atteso il carattere pregiudiziale della questione processuale sollevata.

Come noto, il d.lgs. n. 231 del 2001, ha dedicato una disciplina speciale alle modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nell'esigenza di coniugare l'esercizio del diritto di difesa con la necessità che tale partecipazione avvenga per il tramite di una persona fisica in grado di rappresentare l'ente medesimo. In tal senso i primi due commi dell'art. 39 del decreto stabiliscono che "l'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo" e che "l'ente che intende partecipare al procedimento si costituisce depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente a pena di inammissibilità: a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante; b) il nome ed il cognome del difensore e l'indicazione della procura; c) la sottoscrizione del difensore; d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio". L'ultimo comma dello stesso articolo prevede invece che "quando non compare il legale rappresentante, l'ente costituito è rappresentato dal difensore". Questa disciplina è poi integrata da quanto disposto dal successivo art. 40, il quale assicura all'ente privo di un difensore di fiducia l'assistenza di quello d'ufficio, e soprattutto dall'art. 41, che riserva nella fase processuale la condizione del contumace esclusivamente all'ente non formalmente costituitosi e non anche a quello il cui rappresentante legale non sia comparso in udienza nonostante l'avvenuta costituzione ai sensi del citato art. 39.

Il richiamato art. 39, comma 1, prevede dunque l'incompatibilità del legale rappresentante dell'ente a rappresentarlo nel procedimento a suo carico qualora egli sia contestualmente anche imputato per il reato presupposto della responsabilità addebitata alla persona giuridica. Incompatibilità che discende dalla presunzione *iuris et de iure* della sussistenza di un conflitto di interessi tra ente e suo rappresentante, destinata a rivelarsi già nel primo atto di competenza di quest'ultimo e cioè la scelta del difensore di fiducia e procuratore speciale senza la cui nomina il soggetto collettivo non può validamente costituirsi. Come di recente chiarito dalle Sezioni unite di questa Corte, in sostanza, "anche la semplice nomina del difensore di fiducia della persona giuridica da parte del rappresentante legale in situazione di conflitto di interessi (perché indagato come persona fisica) deve considerarsi ricompresa nel divieto posto dall'art. 39 del decreto, in quanto realizzata da un soggetto che non è legittimato a rappresentare l'ente, ossia ad esprimere la volontà del soggetto collettivo nel procedimento che lo riguarda" (sez. un., 28 maggio 2015, n. 33041, Covalm Biogas coop a.r.l.).

Si è in passato dubitato della stessa legittimità costituzionale ditale disposizione, questione che questa Corte ha già avuto modo di dichiarare manifestamente infondata, sottolineando come l'incompatibilità menzionata, così come prevista dall'art. 39 cit., non determina nè la compromissione del diritto di difesa dell'ente, nè costituisce violazione del principio di uguaglianza, ovvero del giusto processo (sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398, Caporello, rv. 244405).

In tal senso la sentenza Caporello ha evidenziato come, a differenza di altre esperienze giuridiche in cui simili casi di conflitto tra ente e rappresentante sono risolti con la nomina di un terzo da parte del giudice, il legislatore italiano ha compiuto una scelta diretta ad evitare forme di invadenza giudiziaria all'interno dell'organizzazione della persona giuridica, rimettendo a quest'ultima ogni decisione al riguardo, nel rispetto della stessa struttura e degli organi del soggetto collettivo. In sostanza, dal complesso della disciplina prevista in materia di rappresentanza emerge come da parte del legislatore si sia voluto evitare di imporre all'ente un rappresentante di nomina esterna, sia pure solo per la partecipazione al procedimento penale, e si sia preferita una soluzione che attribuisca all'ente la scelta di chi debba rappresentarlo nel processo, anche in caso di conflitto di interessi, utilizzando i normali strumenti previsti all'interno della sua compagine organizzativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo.

In tale ottica non può allora sostenersi che la disciplina dell'art. 39 cit. pregiudichi il diritto di difesa dell'ente, atteso che questi può comunque costituirsi nel procedimento sostituendo il rappresentante divenuto incompatibile ovvero nominandone uno ad hoc per il processo (soluzione quest'ultima già prospettata invero nella Relazione al d.lgs. n.231 del 2001) ed anche qualora decida invece di rimanere inerte - cioè di non provvedere ad alcun tipo di sostituzione del rappresentante legale (non importa per quale ragione) - comunque rimane tutelato dalla previsione dell'art. 40 del decreto che impone gli venga nominato un difensore d'ufficio che ne garantisce l'assistenza in ogni fase del procedimento.

La portata dell'incompatibilità e la sorte degli atti compiuti per conto dell'ente dal legale rappresentante incompatibile

Esclusa dunque l'illegittimità costituzionale dell'art. 39, si pone il problema dell'effettiva portata dell'incompatibilità ivi prevista e della sorte degli atti compiuti per conto dell'ente dal legale rappresentante incompatibile.

In tal senso, secondo l'orientamento oramai consolidato espresso da questa Corte, l'incompatibilità prevista dall'art. 39 cit. ha carattere assoluto, come dimostrerebbe *a contrariis* l'espressa deroga contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2001, art. 43, comma 2, in tema di notificazioni all'ente, il quale fa espressamente salve

quelle eseguite mediante consegna al legale rappresentante incompatibile.

Ne conseguirebbe che il rappresentante incompatibile non può compiere alcun atto difensivo nell'interesse dell'ente e che quest'ultimo, se materialmente posto in essere, dovrebbe considerarsi inefficace. In particolare sarebbe privo di efficacia non solo l'atto di costituzione, ma altresì anche l'eventuale nomina di un difensore di fiducia effettuata indipendentemente dalla formale costituzione, con l'ulteriore conseguenza che tale nomina sarebbe *tamquam non esset* e gli atti compiuti dal difensore in esecuzione di un mandato privo di efficacia inammissibili (sez. II, 9 dicembre 2004, n. 52748, P.M. in proc. VbiOl e altro, Rv. 261967; sez. VI, 26 luglio 2011, n. 29930, Ingross Levante Spa, rv. 250432; sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, Caporello, rv. 244409; sez. VI, 16 aprile 2008, Soc. a r.l. A.R.I. International, rv. 241011).

Principi questi che hanno ora, come accennato, avuto l'autorevole avallo della già citata pronunzia delle Sezioni unite, le quali hanno stabilito che il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa ditale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dal d.lgs. n. 231 del 2001, art. 39, e che è inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591 c.p.p., comma 1, lett. a), l'impugnazione eventualmente presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante il quale versi nella menzionata situazione di incompatibilità.

Se dunque l'atto di costituzione e la nomina del difensore e procuratore speciale effettuati dal rappresentante incompatibile sono privi di efficacia, ne consegue che nel processo l'ente, privo di formale rappresentanza e di fatto non costituitosi, deve essere dichiarato contumace ai sensi dell'art. 41 del decreto e il giudice deve procedere a nominargli un difensore d'ufficio. Soprattutto, nella fase della costituzione delle parti, deve ritenersi che al giudice spetti l'obbligo di verificare la regolarità dell'atto di costituzione e della nomina del difensore che, ai sensi dell'art. 39, comma 2, lett. c), lo deve sottoscrivere, e, rilevata l'incompatibilità, di dichiarare l'inammissibilità della costituzione con la conseguente pronunzia dei provvedimenti sopra descritti.

Nel caso di specie risulta che all'ente, inizialmente non costituitosi, era stato nominato nella fase delle indagini preliminari un difensore d'ufficio in occasione dell'adozione nei suoi confronti di una misura cautelare reale. Successivamente, come detto, l'ente si è costituito per la prima volta in persona del legale rappresentante D.A.C. che ha proceduto alla nomina di un difensore di fiducia, il quale ha assistito l'ente nell'udienza preliminare e nel corso del dibattimento di primo grado ed ha altresì proposto l'appello ritenuto sostanzialmente inammissibile dalla Corte territoriale in ragione per l'appunto dell'incompatibilità dello stesso D. in quanto imputato del reato presupposto. Infine il ricorso è stato proposto dal difensore nominato da D.F., amministratore subentrato a quello ritenuto incompatibile e mai imputato del reato presupposto, il quale, nel legittimo esercizio dei poteri attribuitigli dallo statuto e del mandato conferitogli dall'assemblea (come documentati dalla difesa), ha provveduto a depositare un nuovo atto di costituzione dell'ente l'8 luglio 2013.

È dunque evidente come l'ente sia rimasto privo nell'intera fase processuale dell'assistenza di un difensore, atteso che quello d'ufficio correttamente nominato nel corso delle indagini preliminari non ha ricevuto avviso della fissazione dell'udienza preliminare, né della data del disposto rinvio a giudizio, mentre quello di fiducia, nominato dall'amministratore incompatibile, per le ragioni esposte in precedenza, non era legittimato a svolgere alcuna attività difensiva in favore dell'ente per le ragioni esposte in precedenza, né tantomeno a rappresentarlo in udienza ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 39, comma 4.

Sussiste dunque la nullità assoluta eccepita dalla ricorrente, verificatasi già al momento della celebrazione dell'udienza preliminare ed erroneamente non rilevata dalla Corte territoriale, che pure ha considerato inefficace la nomina del difensore che ha assistito l'ente nel corso di tutti i gradi del giudizio di merito.

In particolare, come già ricordato, il giudice dell'appello al momento della costituzione delle parti – e non all'esito del dibattimento di secondo grado – avrebbe dovuto verificare la regolarità della costituzione dell'ente e la legittimazione del difensore che lo assisteva e, riscontrata l'invalidità della prima e l'inefficacia della nomina fiduciaria, innanzi tutto provvedere a dichiarare la contumacia di G.H. e provvedere alla nomina di un difensore di ufficio ovvero provvedere alla citazione del difensore d'ufficio originario, la cui nomina invero mai era venuta meno. Una volta costituite le parti dinanzi a sé, lo stesso giudice avrebbe poi dovuto registrare la nullità assoluta verificatasi nel grado precedente e adottare i provvedimenti conseguenti.

La sentenza impugnata deve dunque essere annullata senza rinvio, ma l'annullamento deve necessariamente essere esteso anche a quella di primo grado fino a travolgere l'udienza preliminare e il decreto che ha disposto il rinvio a giudizio dell'ente, con conseguente trasmissione degli atti al Tribunale di Lucera per l'ulteriore corso e cioè la fissazione di una nuova udienza preliminare in ragione della richiesta di rinvio a giudizio proposta dal pubblico ministero nei confronti della G.H., atto questo che va considerato tuttora valido e produttivo dei suoi effetti tipici.

Analisi della prescrizione

In tal senso va ancora osservato che l'illecito da reato contestato all'ente non può ritenersi estinto per intervenuta prescrizione – come eccepito nel corso della discussione dalla difesa – atteso che attraverso la richiesta di rinvio a giudizio il titolare dell'azione punitiva ha proceduto alla formale contestazione del suddetto illecito ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 59.

Adempimento questo che, a norma dell'art. 22, commi 2 e 4, dello stesso decreto, non solo interrompe la prescrizione, ma ne sospende altresì il decorso fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio. Conseguentemente, come accennato, l'illecito in questione (*rectius*: le sanzioni amministrative irrogabili in ragione del suo accertamento) non può ritenersi ancora prescritto, risultando il relativo termine sospeso dalla data di proposizione della richiesta di rinvio a giudizio (il 15 febbraio 2007), tempestivamente presentata entro il quinquennio da quella di consumazione del reato presupposto, come richiesto dal citato d.lgs. n. 231 del 2001, art. 22, comma 1.

P.Q.M.

(Omissis)

**** Nota a sentenza*

sommario

1. La vicenda processuale ed il *decisum* della Corte. – **2.** Lo statuto dei diritti di difesa degli enti: disposizioni processuali e disciplina applicabile. – **3.** La rappresentanza dell'ente e l'amministratore *suspectus*. – **4.** Il difensore di fiducia nominato dal rappresentante incompatibile: effetti processuali. – **5.** La legittimazione ad impugnare e la prescrizione dell'illecito amministrativo: brevi considerazioni.

1. La vicenda processuale ed il *decisum* della Corte

Con la decisione in commento il Supremo Collegio affronta il tema degli effetti processuali derivanti dalla violazione del diritto di difesa dell'ente per effetto della nomina del difensore di fiducia effettuata dall'amministratore *suspectus*.

All'esito del giudizio di secondo grado, la Corte distrettuale di Bari, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, aveva pronunziato sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione nei confronti degli imputati per i reati di cui agli artt. 110, 483 e 640-*bis* c.p., confermando, invece, la condanna della persona giuridica ai sensi della d.lgs. n. 231/2001.

Con ricorso per Cassazione gli imputati-persone fisiche deducevano – per quanto qui di interesse – l'errata applicazione della legge penale e la violazione di legge, poiché l'ente era stato condannato in difetto di una valida costituzione. Difatti, il soggetto collettivo, non costituitosi nella fase cautelare, era stato difeso da un difensore d'ufficio all'uopo designato, mentre nella fase processuale e sino alla proposizione dell'atto di appello era stato assistito da un professionista fiduciario nominato però dal legale rappresentante incompatibile in quanto imputato del reato presupposto del conseguente illecito amministrativo contestato all'ente. Secondo i ricorrenti, il vizio avrebbe determinato non la mera inefficacia dell'atto, bensì la nullità assoluta, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento. Di contrario avviso la decisione della Corte di Appello che, pur ravvisando la denunziata incompatibilità, si era limitata a dichiarare inammissibile il gravame.

In vista della proposizione del ricorso per Cassazione la persona giuridica aveva provveduto alla designazione di un nuovo amministratore non incompatibile *ex* art. 39 d.lgs. n. 231/01, il quale a sua volta aveva designato un nuovo difensore di fiducia che ha impugnato la decisione denunziando il difetto di valida costituzione.

La Suprema Corte riteneva:

1) inammissibili i ricorsi proposti dagli imputati-persone fisiche per difetto di legittimazione *ex* art. 71 d.lgs. n. 231/01, non avendo interesse ad impugnare il capo della sentenza relativo alla responsabilità di cui al d.lgs. n. 231 del 2001;
2) ammissibile e fondato il ricorso dell'ente: l'incompatibilità tra l'amministratore/imputato del reato presupposto e la persona giuridica è assoluta e, quindi, il legale rappresentante non poteva compiere alcun atto difensivo in favore del soggetto collettivo. In conclusione, la società, priva di formale rappresentanza nel processo, essendo l'atto di costituzione inefficace, doveva essere dichiarata contumace *ex* art. 41 d.lgs. n. 231/01 e doveva essere garantita la difesa d'ufficio.

Nel caso in esame, stante l'inefficacia dell'atto di nomina del difensore di fiducia già nella fase dell'udienza preliminare, l'ente era rimasto privo dell'assistenza difensiva fino alla proposizione del ricorso per Cassazione effettuata da nuovo difensore. La conseguenza processuale di tale violazione è costituita dalla nullità assoluta con la regressione degli atti al Tribunale competente per la fissazione di una nuova udienza preliminare.

2. Lo statuto dei diritti di difesa degli enti: disposizioni processuali e disciplina applicabile

La Corte fonda la propria decisione su una triangolazione di norme a garanzia dell'ente: l'art. 39 con il quale il legislatore «ha dedicato una disciplina speciale alle modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nell'esigenza di coniugare l'esercizio del diritto di difesa con la necessità che tale partecipazione avvenga per il tramite di una persona fisica in grado di

rappresentare l'ente»[1]; l'art. 40[2] e l'art. 41[3] che "integrano" la disposizione dell'art. 39 in caso di mancata costituzione con la nomina all'ente di un difensore d'ufficio e la dichiarazione di contumacia.

In tema di garanzie processuali il d.lgs. n. 231/01 ha creato un vero "microcodice"[4] delineato nel capo III del decreto. Accanto alle disposizioni richiamate dalla Suprema Corte, lo statuto dei diritti di difesa dell'ente presuppone l'applicazione degli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231/2001.

Tali norme «assumono un rilevo fondamentale perché stabiliscono, da un lato, che per il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative si osservano, oltre che le norme del decreto, quelle del codice di procedura penale, in quanto applicabili; dall'altro lato, che all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili»[5].

In altre parole, l'effettività del sistema è assicurata dall'applicazione del procedimento penale, le cui garanzie sono molto più efficaci rispetto a quelle delineate dalla legge n. 689 del 1981 riguardo al procedimento amministrativo[6]. La scelta effettuata dal legislatore è pienamente giustificata dalla connotazione afflittiva delle sanzioni applicabili all'ente e dalla struttura stessa dell'illecito amministrativo che presuppone la commissione di un fatto-reato. Al contempo, tale soluzione è certamente innovativa rispetto all'art. 24 l. 689/1981, che assegna al giudice penale solo una cognizione occasionale dell'illecito amministrativo. Viceversa nel d.lgs. n. 231/01 l'accertamento delle responsabilità della persona giuridica è strutturato «sull'ovvio presupposto del normale convergere di responsabilità»[7].

Le garanzie processuali riconosciute all'ente erano già previste nella legge delega 29 settembre 2000, n. 300[8] all'art. 11, lett. o) e lett. q). Tuttavia tale disposizione è stata considerata "stringata"[9] e di "laconica genericità"[10]. Il legislatore delegante si è limitato a prevedere che «le sanzioni di cui alla lettera c (sanzioni interdittive) sono applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti», aggiungendo che «le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicano in quanto compatibili le disposizioni del codice di procedura, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale».

Il legislatore delegato ha previsto, come diretta applicazione di tale principio, l'art. 34, ribaltando, tuttavia, le priorità ed assegnando prevalenza alle norme del decreto legislativo: solo in caso di lacuna nella sua disciplina saranno applicate le norme del codice di rito[11].

---

[1] Cfr. Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, in questa *Rivista*.

[2] L'ente che non abbia provveduto alla nomina di un difensore di fiducia o ne sia rimasto privo, sarà assistito da un difensore d'ufficio individuato dall'Autorità giudiziaria, a norma dell'articolo 29 comma secondo delle disposizioni di attuazione, tra gli iscritti agli albi dei difensori abilitati alla difesa d'ufficio. Per il commento della norma v. Belluta, *sub art. 40*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Presutti, Bernasconi-Fiorio, Padova, 2008, p. 40 e ss. La norma rappresenta la concreta applicazione dei principi generali in tema di diritto di difesa ed è attuazione della regola della parificazione tra imputato-persona fisica ed ente imputati *ex* art. 35.

[3] V. per tutti Belluta, *sub art. 41*, in *La responsabilità degli enti*, cit., p. 376 e ss.

[4] Tagliani, *Morfologia della fase investigativa,* in *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2006, p. 231 ss., Giarda, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisdizione penale di amplia*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. d.lgs. 8-6-2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 195. In particolare, si evidenzia come la formula utilizzata dal legislatore nell'art. 34 rientra tra quelle che denotano «un microcosmo normativo, autonomo, ancorché largamente tributario di altro più compiuto sistema», cfr. Giostra, *Commento all'art. 1 d.P.R. 4888/1988,* in *Il processo minorile*, a cura di Giostra, Milano, 2001, p. 9. Sui dubbi di costituzionalità del capo III d.lgs. n. 231/01 per contrasto con gli artt. 76-77 Cost. si rimanda a Giarda, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse, Atti del Convegno di Roma, 30/11/1-12-2001*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 113.

[5] Cfr. Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, III. *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative*.

[6] Corvi, *Attribuzioni del giudice penale in materia d responsabilità degli enti*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. d.lgs. 8-6-2001, n. 231*, cit., p. 204, Mancuso, *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lg. 8-6-2001, n. 231*, cit., p. 211; Piergallini, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *DPP*, 2001, p. 1366.

[7] Pulitano, *La responsabilità « da reato » degli enti nell'ordinamento italiano,* in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse, Atti del Convegno di Roma, 30-11/1-12-2001*, cit., p. 23. Al giudice penale, quindi, è demandato l'accertamento di tale illecito «in un contesto giudiziario riunito a quello che concerne la responsabilità penale», cfr. Scalfati, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, cit., p. 355.

[8] Con la quale l'Italia ratificava e dava esecuzione ad una serie di Convenzioni internazionali, ovvero la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (26 luglio 1995), la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (26 maggio 1997) e la Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (17 dicembre 1997). La legge attribuiva una delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società, delle associazioni o degli enti privi della personalità giuridica che non svolgano funzioni di rilievo costituzionale e con l'esclusione dello Stato e degli enti pubblici esercenti pubblici poteri.

[9] V. Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, III. *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative*.

[10] Giarda, *Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Bargis-Conso-Grevi, Padova, 2012, p. 1258.

[11] Giarda, *La responsabilità amministrativa degli enti,* a cura di

L'effettiva partecipazione e difesa del soggetto collettivo trovano concreta attuazione negli artt. 39 (Rappresentanza dell'ente), 40 (Difensore d'ufficio), 41 (Contumacia dell'ente), 42 (Vicende modificative dell'ente nel corso del procedimento) e 43 (Notificazioni all'ente).

Il fine ultimo è di assicurare alla persona giuridica un sistema di garanzie «più efficace rispetto a quello, per vero, scarno della l. 689»[12]. Tale scelta legislativa trova la sua realizzazione non tanto nella scelta del processo penale come luogo di accertamento dell'illecito, quanto nell'equiparazione della persona giuridica all'imputato disciplinata dall'art. 35 d.lgs. n. 231/01[13].

Quest'ultima disposizione[14] assicura un ampio bagaglio di garanzie all'ente, riconoscendo però l'applicazione solo delle norme che riguardano l'imputato come soggetto del processo, ma non come persona fisica. La disposizione, inoltre, «riflette la volontà legislativa di assicurare all'ente la posizione di garanzia che il processo penale riconosce all'imputato, anziché ad altri partecipanti eventuali, dotati di minori tutele»[15]. Alla persona giuridica, quindi, va riconosciuto lo statuto costituzionale tipico dell'imputato, a partire dalla presunzione di non colpevolezza[16] e le garanzie del giusto processo[17].

3. La rappresentanza dell'ente e l'amministratore *suspectus*

Momento fondamentale della difesa della persona giuridica consiste nell'individuazione del soggetto legittimato a rappresentarlo nel procedimento penale ed a nominare il legale di fiducia ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 231/2001[18].

L'ente, in forza del rapporto di relazione organica, partecipa nel procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo il caso in cui quest'ultimo sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (art. 39, comma 1)[19].

Attraverso il proprio legale rappresentante il soggetto collettivo, quindi, «potrà azionare quel complesso di diritti, facoltà e obblighi che ne presuppongono una articolazione personale»[20].

Il rappresentante legale nel procedimento penale si caratterizza per un «ineliminabile ibridismo»[21], manifestando funzionalmente la volontà dell'ente, senza una totale sovrapposizione con quest'ultimo. Al riguardo la Relazione ministeriale ha escluso l'assimilazione del rappresentante all'imputo: «La parificazione all'imputato … viene effettuata con riferimento all'ente, non al rappresentante legale, per il quale è comunque previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie dell'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone»[22]. Viceversa, «in altre esperienze giuridiche il ruolo del rappresentante viene accostato a quello del testimone, prevedendosi, ad esempio nella legislazione francese, che non possa essere sottoposto ad alcuna misura coercitiva diversa da quelle applicabili al testimone»[23].

La peculiarità della relazione ente-rappresentante con riferimento all'ambito processuale ha portato a

Alessandri-Belluta-Bricchetti, Milano, p. 195, che parla di inversione di strutture normative tale da porre le basi per seri dubbi di costituzionalità a causa del contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost.; Bricchetti, *Società al debutto nel registro degli indagati*, in *Guida dir.*, 1999, p. 26. Sul tema della compatibilità delle norme del codice di rito nel processo *de societate*, v. anche Bricchetti, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. d.lgs. 8-6-2001, n. 231*, cit., p. 267; Garuti, *I profili soggettivi del procedimento*, in *Responsabilità amministrativa degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 262; Giarda, *Societas delinquere potest: o no?*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. d.lgs. 8-6-2001, n. 231*, cit., p. 186; Scalfati, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 355.

[12] Cfr. Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

[13] Giarda, *Un sistema ormai a triplo binario*, cit., p. 186.

[14] V. compiutamente Belluta, *sub. art. 35*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Presutti-Bernasconi-Fiorio, Torino, 2008, p. 353. Non vi è una vera e propria equiparazione poiché lo *status* di imputato è riservato alla persona fisica. Si parla più genericamente di incolpato riferendosi al destinatario dell'accusa o di quasi imputato. V. anche Paolozzi, *Processo agli enti (Giudizio di cognizione)*, in *Dig. pen., Agg.*, Torino, 2005, p. 1170.

[15] Giarda, *sub art. 35 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Comm. Giarda-Spangher*, Torino, 2001, p. 7149.

[16] Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen., 2005*, p. *331. Perplessità però suscita l'art. 6 che impone a carico dell'ente la prova della propria innocenza, ribaltando l'onere probatorio. Al riguardo si parla di «alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa che si accinge a perseguire un corporate crime», v. Presutti-Bernasconi, Manuele della responsabilità degli enti, Milano, 2013, pp. 80-81.*

[17] Varraso, Il *procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 159 e ss.

[18] Giarda, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, cit., p. 115, secondo cui l'art. 39 e 40 d.lgs. n. 231/01 differenziano la partecipazione al procedimento dalla sua assistenza difensiva.

[19] Tale incompatibilità chiaramente si estende anche nel caso in cui il legale rappresentante è sottoposto alle indagini per il reato presupposto.

[20] In tema, Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 532.

[21] Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato,* cit., p. 532*;* Bassi*, Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica,* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. 43 e ss., Varraso*, La partecipazione e l'assistenza difensiva delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale,* in *AA.VV., La Responsabilità amministrativa degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231,* Milano, 2002.

[22] Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 15.2. *La rappresentanza dell'ente nel processo*; Ferrua*, Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 223, che considera tale scelta ossimorica, essendo lo *status* di testimone e quello di imputato non sovrapponibili.

[23] Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 15.2. *La rappresentanza dell'ente nel processo.*

delineare una speciale formalizzazione della partecipazione dell'ente[24]. Il soggetto collettivo che intende partecipare al procedimento si costituisce depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente a pena di inammissibilità (art. 39, comma 2)[25]:

a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentate;
b) il nome ed il cognome del difensore e l'indicazione della procura;
c) la sottoscrizione del difensore;
d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio.

Inoltre, seppur la norma non lo prevede espressamente, la giurisprudenza di legittimità ha individuato un ulteriore onere di allegazione relativo alla fonte del potere di rappresentanza *ex lege* o statutaria[26]. La dichiarazione inammissibile per difetto di uno dei requisiti può essere ripresentata, sanando l'irregolarità ed evitando la dichiarazione di contumacia.

La costituzione può avvenire anche nella fase delle indagini preliminari come si desume dall'art. 57 d.lgs. n. 231/01 secondo cui l'avviso di garanzia deve contenere anche l'avvertimento che per partecipare al procedimento si deve depositare la dichiarazione di cui all'art. 39, 2 comma, nonché dall'art. 39, 4 comma, per il quale la procura al difensore può essere depositata anche nella segreteria del magistrato del pubblico ministero.

La costituzione per il principio di imminenza produce effetti in ogni stato e grado del procedimento.

L'istituto della rappresentanza opera anche in caso di vicende modificative dell'ente *ex* art. 42 d.lgs. n. 231 del 2001: i soggetti risultanti dalla trasformazione, fusione o scissione dell'ente originariamente responsabile, parteciperanno al procedimento nello stato in cui si trova, depositando la dichiarazione di costituzione prevista dall'art. 39, comma 2.

La partecipazione è inibita al rappresentante legale che sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Tale incompatibilità ha carattere assoluto, come discenderebbe *a contrariis* dall'espressa deroga contenuta nell'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 231/01 in tema di notificazioni all'ente[27], e «discende dalla presunzione *iuris et de iure* della sussistenza di un conflitto di interesse ente e suo rappresentante»[28]. Tale divieto è inderogabile, risultando funzionale «ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa al soggetto collettivo in un procedimento penale»[29].

Ratio dell'incompatibilità è tutelare l'ente, che potrebbe avere l'interesse a provare come il rappresentante imputato abbia agito nel suo esclusivo interesse eludendo in modo fraudolento il modello di organizzazione e gestione adottato dalla società (art. 5-6 d.lgs. n. 231/01) ed al contempo tutelare il rappresentante che «potrebbe essere portato a rendere dichiarazioni auto incriminanti, violando il principio del *nemo tenetur se detegere*»[30].

L'art. 39 del decreto, mira, in definitiva, ad evitare l'insorgere di situazioni di conflitto di interesse tra il legale rappresentante e l'ente, potenzialmente nocive per quest'ultimo[31].

L'incompatibilità sorge non appena si configura la fattispecie di reato principale nonché l'identità ed il ruolo del possibile autore[32], mentre quanto al suo

[24] Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 15.2. *La rappresentanza dell'ente nel processo.* Le formalità richieste richiamano i modi di partecipazione di partecipazione nel processo delle altre parti private.

[25] Chiaro l'intento legislativo di disciplinare l'intervento della persona giuridica sulla falsariga di quello del convenuto nel processo civile. Critica tale scelta Varraso, *La partecipazione e l'assistenza difensiva delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, cit., p. 255. Secondo l'Autore la disciplina non dà adeguata attuazione al diritto garantito dall'art. 111 Cost. all'imputato – e, dunque, alla persona giuridica a questi equiparata – a partecipare personalmente al processo. Il modello improntato a quello civilistico, tuttavia, è stato giustificato da altra dottrina che ha osservato come "se per un verso, già esiste nell'ambito del procedimento penale, un vero e proprio imputato (il soggetto collettivo), per altro, l'ente si trova costretto a partecipare a tale procedimento mediante una persona fisica che comunque non può essere, *ex lege*, imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo", cfr. Garuti, *I profili soggettivi del procedimento*, cit., p. 283; Paolozzi, *Processo agli enti (Giudizio di cognizione*), cit., p. 1212, rileva come «la formalizzazione della partecipazione" al procedimento è conseguente alla posizione ontologicamente diversa, rispetto a quella dell'imputato del reato-presupposto, in cui si trova il rappresentante legale dell'ente, a meno che egli sia colpito da addebiti penalmente rilevanti, nel qual caso l'art. 39, 1 co., ne richiede il cambiamento».

[26] Cass. civ., sez. II, 15 novembre 2006, n. 24298, in *Cass. CED* 2006; Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 1997, n. 1460, in *Cass. CED* 1997.

[27] «Sono comunque valide le notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo». La Corte costituzionale, con sentenza 20 - 27 luglio 2011, n. 249, in *Gazz. Uff. 3 agosto 2011, n. 33, 1ª Serie speciale*, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 43, comma 2, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 76, 111 e 117, primo comma, della Costituzione.

[28] Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit.

[29] Cass. pen., sez. VI, 28 ottobre 2009, n. 41398, cit.: «La sussistenza del conflitto non deve essere accertata in concreto, con l'ulteriore conseguenza che non vi è alcun onere motivazionale da parte del giudice».

[30] Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., p. 533.

[31] V. Cerasa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015; Marandola, *Il processo penale agli enti*, in *Procedimento speciali*, III, a cura di Garuti, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, Torino, p. 665 e ss.; Silvestri, *Rappresentanza in giudizio dell'ente: il legale rappresentante tra incompatibilità processuali e poteri*, in *(La) responsabilità amministrativa delle società*, Torino, 2014, n. 3, p. 139 e ss.; Spinelli, *Il rappresentante legale imputato: l'incompatibilità ed i suoi riflessi nel processo penale de societate*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 447.

[32] V. Cass. pen., sez. VI, 16 giugno 2009, n. 41398, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, 1, p. 35, secondo cui «La situazione di incompatibilità riguarda anche il rappresentante legale che sia soltanto "indagato", in forza della regola di estensione delle garanzie

termine ultimo, non sembra venir meno in caso di epiloghi liberatori per l'indagato/imputato non definitivi (es. archiviazione o sentenza di non luogo a procedere), dovendo attendere una sentenza irrevocabile di condanna o proscioglimento o anche di applicazione di pena *ex* art. 444 c.p.p. Il conflitto di interesse sussiste, infine, anche nel caso in cui il rappresentante è imputato non del reato presupposto, ma di un reato connesso o collegato[33].

La tensione rappresentanza-diritto di difesa dell'ente ha fatto dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 39 d.lgs. n. 231/01[34] per violazione degli artt. 24 e 111 Cost. Tuttavia, la Consulta ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione per gravi carenze nella descrizione della fattispecie e per l'assenza di domande specifiche, che avrebbe reso indeterminato l'intervento della Corte[35]. Anche la Corte di Cassazione[36] ha ritenuto «manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001, sollevata per la violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui impedisce all'ente di partecipare al procedimento a suo carico con il proprio rappresentante legale, quando questi risulti essere imputato del reato presupposto della responsabilità dell'ente medesimo». In tal occasione la Suprema Corte ha avuto modo di evidenziare come l'incompatibilità ente-legale rappresentante indagato o imputato «non determina né la compromissione del diritto di difesa dell'ente, né costituisce violazione del principio di uguaglianza, ovvero del giusto processo».

A differenza di altre esperienza giuridiche in cui in caso di conflitto è il giudice a provvedere alla nomina di un terzo, nel nostro ordinamento, evitando forme di invadenza giudiziaria nell'organizzazione dell'ente, si è preferito rimettere a quest'ultimo la decisione. Al soggetto collettivo, quindi, non è imposto un rappresentante di nomina esterna, anche se solo per il procedimento penale, ma resta nella sua autonomia la scelta di chi debba rappresentarlo attraverso i normali strumenti previsti all'interno della sua compagine organizzativa[37].

In definitiva, la disciplina di cui all'art. 39 non pregiudica «il diritto di difesa dell'ente, atteso che questi può comunque costituirsi nel procedimento sostituendo il rappresentante divenuto incompatibile ovvero nominandone uno ad hoc per il processo»[38].

In caso di conflitto di interessi l'ente potrà:

1) non nominare altro rappresentante e non costituirsi nel procedimento. In tal caso sarà dichiarato contumace, ma «rimane comunque tutelato dalla previsione dell'art. 40 del decreto che impone gli venga nominato un difensore d'ufficio che ne garantisca l'assistenza in ogni fase del procedimento»[39];
2) nominare un nuovo rappresentante estraneo ai fatti di cui al reato presupposto e costituirsi nel procedimento;
3) nominare un rappresentante *ad processum* al solo scopo di costituirsi regolarmente[40].

Peculiare è anche la forma di presenza dell'ente nel processo. Ai sensi dell'art. 39, 4 comma, d.lgs. n.

dell'imputato all'indagato di cui all'art. 61 c.p.p., applicabile anche nel processo a carico dell'ente in base alla norma di chiusura di cui all'art. 34, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231»; Cass., sez. VI, 16 aprile 2008, n. 15689, CED Cass. n. 241011; Beltrani, *Il diritto di difesa degli enti nel processo penale. Commento a Cass. pen., sez. VI, n. 15689 del 2008*, in (*La) responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, 2009, n. 2, p. 145 e ss.: «l'art. 61, comma 2, c.p.p. impone l'estensione del limite di cui all'art. 39 anche ai casi nei quali il legale rappresentante dell'ente risulta soltanto indagato. Invero, il conflitto di interessi costituente ratio della disposizione ben potrebbe sorgere anche in fase di indagini preliminari, nel corso delle quali non soltanto il pubblico ministero, ma anche i difensori (art. 391-*bis* ss. c.p.p.) procedono alla ricerca della prova, e mettono a punto le rispettive strategie, perseguendo un "profitto processuale" necessariamente soggettivo: per tale ragione, l'interpretazione letterale dell'art. 39, comma 1, che restringerebbe l'operatività del limite de quo ai soli casi in cui il legale rappresentante dell'ente sia imputato del reato fonte di responsabilità amministrativa dello stesso ente, risulterebbe costituzionalmente illegittima, per evidente violazione del principio di uguaglianza (art. 3 della Costituzione) e del diritto di difesa dell'ente, la cui piena estrinsecazione risulterebbe ostacolata dal conflitto di interessi esistente in relazione alla posizione processuale del suo legale rappresentante (art. 24, comma 2, della Costituzione)».

[33] V. Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., p. 535; Più diffusamente si v. Camaldo, *I principi generali del procedimento*, in AA.VV., *Il processo penale alle società*, a cura di Canzio-Cerqua-Luparia, Vol. II, *I profili processuali*, a cura di Cerqua, Padova, 2014, p. 1328; Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, vol. VII, *Modelli differenziati di accertamento*, Tomo II, a cura di Garuti, Torino, 2011, p. 1044.

[34] Trib. Gela, 3.03.2006, in *Merito*, 2006, f. 12, p. 65.

[35] Corte Cost., ord., 5 giugno 2007, n. 186, in *http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0186o-07.html*.

[36] Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398, cit.; Cass. pen., sez. VI, 26 luglio 2011, n. 29930 con nota di Beltrani, *L'incompatibilità nel procedimento a carico dell'ente del rappresentante legale imputato del reato presupposto*, in *(La) Resp. amm. soc.*, 2012, n. 2, p. 245 e ss.

[37] Sul punto v. Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398, cit.

[38] Cfr. Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit. Così anche Relazione al d.lgs. n. 231/2001, 15.2. «La rappresentanza dell'ente nel processo, La partecipazione al procedimento è in ogni caso inibita al rappresentante legale che sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. In tale ipotesi, l'ente che voglia partecipare ugualmente al procedimento dovrà nominare un rappresentante per il processo e indicarlo nella dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2».

[39] Cfr. Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit.

[40] Fidelbo, *La « nuova » responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 8.6.2001 n. 231). Disposizioni processuali*, in *LP*, 2002, p. 601. La scelta di un rappresentante *ad processum* «sembra la più equilibrata, coniugando l'esigenza di partecipazione con l'opportunità di "quieta non movere" nell'ambito degli assetti organizzativi dei vertici aziendali», cfr. Paolozzi, *Processo agli enti (Giudizio di cognizione)*, cit., p. 1180.

231/01 «Quando non compare il legale rappresentante, l'ente costituito è rappresentato dal difensore». Si tratta di una forma di rappresentanza necessaria[41] attraverso cui il difensore, oltre ai poteri attribuiti con la procura speciale, esercita i poteri del rappresentante dell'ente nel procedimento, salvo l'esercizio di «atti di disposizione di diritti personalissimi di difesa, a meno che non rientrano nella procura conferita»[42] e gli atti che richiedano la necessaria partecipazione dell'imputato[43]. Il modello della rappresentanza necessaria della persona giuridica assegnata al difensore è richiamato anche dal richiamo alle sole forme dell'art. 100, 1 comma, c.p.p.[44]. Diversamente da quanto previsto dal codice di procedurale penale, la mancata comparizione del soggetto abilitato a rappresentare l'ente nel procedimento non costituisce presupposto per la dichiarazione di contumacia, né rappresenta un impedimento a comparire[45].

In definitiva, il legislatore ha previsto una "forma non eccessivamente onerosa"[46] di partecipazione del soggetto collettivo nel processo, che «potrà scegliere le modalità ed i tempi di partecipazione, senza rinunciare ad alcuna delle garanzie che gli derivano dalla sua parificazione all'imputato»[47].

4. Il difensore di fiducia nominato dal rappresentante incompatibile: effetti processuali

Nel quadro di garanzie processuali poste a tutela dell'ente si inserisce la difesa tecnica obbligatoria. Il soggetto collettivo ha il diritto di nominare un proprio difensore di fiducia, in mancanza del quale o nel caso in cui ne sia rimasto privo sarà comunque assistito da un difensore di ufficio *ex* art. 40 d.lgs. n. 231/2001. Chiaramente il difensore di fiducia sarà designato dall'amministratore dell'ente, essendo quest'ultimo un soggetto non dotato di propria fisicità.

L'art. 39 prevede alcune caratteristiche della difesa, in particolare l'atto di costituzione prevede a pena d'inammissibilità l'indicazione del legale di fiducia (lett. b), la sua sottoscrizione (lett. c) e l'indicazione della procura conferita. Quest'ultima deve essere rilasciata secondo le forme previste dall'art. 100, 1 comma, c.p.p., ovvero le modalità di nomina del difensore riservate alle parti private diverse dall'imputato. Nonostante tale richiamo normativo, si ritiene che il soggetto collettivo possa nominare, come l'imputato, sino a due difensori[48]. La procura speciale dovrà essere conferita per atto pubblico o scrittura privata autenticata, secondo le disposizione di cui agli artt. 2699 e 2703 c.c.. L'atto di nomina non potrà essere allegato in calce o a margine della dichiarazione di costituzione, ma dovrà essere contenuto in apposito atto separato da depositarsi presso la segreteria del pubblico ministero o presso la cancelleria del giudice, salva la possibilità di presentazione in udienza dinnanzi all'organo procedente[89].

Il richiamo al solo comma primo dell'art. 100 del codice di rito, esclude l'applicazione del terzo comma della stessa disposizione secondo cui la procura speciale si presume conferita per un solo grado di giudizio, salvo che sia espressa nell'atto diversa volontà.

È indubbio, comunque, che l'ente anche prima della costituzione nel procedimento penale possa nominare un difensore di fiducia *ex* art. 96 c.p.p., fino alla comunicazione di cui all'art. 57 d.lgs. 231/01 ovvero dell'avviso di garanzia[49]. Da tale momento il soggetto

[41] Sulla rappresentanza necessaria critica la dottrina, v. Paolozzi, *Processo agli enti (Giudizio di cognizione)*, cit., p. 1180 per il quale «diversamente da quanto sarebbe stato logico attendersi, il legislatore ha, infatti, abbinato l'assenza e la contumacia dell'ente all'omessa costituzione del medesimo nel procedimento (art. 41) e non alla mancata presentazione in udienza del suo rappresentante legale, avendo previsto, appunto, che, in tal caso, la persona giuridica regolarmente costituitasi venga rappresentata dal difensore. Diviene così ben difficile da sostenere che assenza e contumacia coincidano con altrettante scelte consapevoli e volontarie dell'ente-imputato e che il diritto riconosciuto a quest'ultimo di partecipare personalmente al processo goda di adeguata tutela».

[42] Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., p. 541.

[43] Belluta, *sub. art. 39,* in *La responsabilità degli enti, cit.*, p. 374.

[44] Varraso, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, della società e delle associazioni nel procedimento penale*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di Alessandri-Belluta-Bricchetti, cit., p. 251.

[45] Bassi, *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo per le procedure incidentali in discussione innanzi al tribunale del riesame*, cit., p. 31 e ss.; A. Bernasconi, *La responsabilità amministrativa degli enti,* in *Enciclopedia diritto*, vol. II, tomo 2, Annali, 2008, p. 988.

[46] Relazione al d.lgs., cit.

[47] *ivi*

[48] Varraso, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, della società e delle associazioni nel procedimento penale*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di Alessandri-Belluta-Bricchetti, Milano, 2002, p. 249.

[49] Sul punto si rimanda a Cass., sez. un., 28 luglio 2015, n. 33041, in *CED* Cass. 2015; in *Giur. it.*, 2015, 11, p. 2496 nota di Garuti. La sentenza evidenzia come sia ammissibile la richiesta di riesame avverso decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore di fiducia nominato *ex* art. 96 c.p.p. ed in assenza di formale costituzione dell'ente, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro non sia comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del d.lgs. n. 231/01. Prima dell'intervento del Suprema Corte a Sezioni unite, vi erano diversi orientami, fondati che si rifacevano a diverse interpretazioni dell'art. 39 d.lgs. n. 231. Parte della giurisprudenza riteneva che i diritti di difesa dell'ente non fossero subordinati all'atto di formale costituzione nel procedimento, perché, richiamando gli artt. 34-35, trovavano attuazione le disposizioni del codice di rito in quanto compatibile. In forza di ciò era stato ritenuto ammissibile la richiesta di riesame avanzata dal difensore nominato *ex* art. 96 c.p.p. (Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2007, n. 43642, in *CED* Cass. n. 238322). Il secondo orientamento, invece, riteneva che l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualunque fase del procedimento fosse subordinato all'atto di formale costituzione *ex* art. 39, conseguentemente la richiesta di riesame non poteva essere presentata dal difensore nominato ai sensi dell'art. 96 c.p.p. (Cass. pen., sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689, rv. 241011, Cass. pen., sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52748, rv. 261967).

collettivo per esercitare i suoi diritti difensivi è tenuto a costituirsi nel procedimento penale e nominare un difensore di fiducia munito di procura speciale.

Alla persona giuridica è riconosciuto, quindi, il diritto di esercitare i suoi diritti indipendentemente dall'atto formale di costituzione e ciò si giustifica per la molteplicità di atti a sorpresa, caratterizzati da rapidità ed urgenza nello loro esecuzione, che necessitano una risposta difensiva immediata e che, quindi, non può essere legata ai rigidi schemi di costituzione *ex* art. 39, sempre che, come già detto, l'ente non abbia ricevuto l'avviso di garanzia.

Di difficile applicazione l'istituto del gratuito patrocinio posto che i requisiti di reddito richiesti sarebbero evidentemente incompatibili con le capacità economiche delle imprese[50]. Per alcuni Autori, tuttavia, la lacuna legislativa non sarebbe espressione della *voluntas* di escludere l'ente da «tale beneficio, soprattutto se si tiene conto che nel processo civile, amministrativo, contabile e tributario è previsto che gli enti e le associazioni che non perseguono scopi di lucro e non esercitano attività economiche possano usufruire del patrocinio statale»[51]. Per tali categorie di soggetti dovrebbe, quindi, prevalere la norma generale dell'art. 35 d.lgs. n. 231/01.

Ancora, fatte salve le ragioni di opportunità, valutabili caso per caso, sembra possibile l'assunzione del patrocinio dell'imputato e dell'ente da parte dello stesso difensore[52].

L'eventuale conflitto di interesse ente-legale rappresentante ha inevitabilmente effetti negativi sulla nomina del legale di fiducia. Ed infatti, «quel conflitto di interessi deflagrerebbe in tutta la sua virulenza ove fosse consentito al legale rappresentante dell'ente, imputato del reato costituente presupposto della responsabilità amministrativa contestata all'ente, di designare il difensore destinato a patrocinare l'ente, fornendogli assistenza tecnica»[53]. La designazione da parte del legale rappresentante in conflitto di interesse potrebbe apparire «sospetta», mentre «deve avere il carattere di una libera determinazione dell'ente e non può essere rimessa ad un soggetto che si trova in una situazione di conflitto di interessi, presunta dalla legge in termini assoluti»[54].

È chiaro, quindi, che l'incompatibilità *ex* art. 39 d.lgs. n. 231/2001 è «destinata a rivelarsi già nel primo atto di competenza di quest'ultimo (rappresentante legale) e cioè la scelta del difensore di fiducia e procuratore speciale senza la cui nomina il soggetto collettivo non può validamente costituirsi»[55]. Gli atti difensivi compiuti nell'interesse dell'ente da parte del rappresentante incompatibile devono essere considerarsi inefficaci[56]. Tale inefficacia travolgerebbe anche la nomina del legale di fiducia che deve considerarsi *tamquam non esset* con la conseguente inammissibilità degli atti compiuti da tale difensore[57].

Sul punto recentemente le Sezioni unite[58] hanno affermato come «anche la semplice nomina del difensore di fiducia della persona giuridica da parte del rappresentante legale in situazioni di conflitto di interesse (perché indagato come persona offesa) deve considerarsi ricompresa nel divieto posto dall'art. 39 del decreto, in quanto realizzata da un soggetto che non è legittimato a rappresentare l'ente, ossia ad esprimere la volontà del soggetto collettivo nel procedimento che lo riguarda». Nella stessa sentenza si è anche statuito che «il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere a causa di tale condizione di incompatibilità alla nomina del difensore di fiducia dell'ente per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39». Di conseguenza «è inammissibile, per il difetto di legittimazione rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 591, comma 1, lett. a) c.p.p. la richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante che sia imputato o indagato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo»[59].

La sentenza in commento riprende il ragionamento delle Sezioni unite sul conflitto di interesse ente-legale

[50] Bassi, *La costituzione in giudizio dell'ente con specifico riguardo alle procedure incidentali in discussione innanzi al tribunale del riesame*, cit., p. 33.

[51] Cfr. Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente nel processo*, in *AA.VV., Reati e responsabilità degli enti. Giuda al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Lattanzi, Milano, 2002. La soluzione favorevole all'estensione delle disciplina di cui d.P.R. 115/02 è fatta propria dal Belluta, *sub. art. 40*, cit., p. 376, secondo il quale «il sistema perderebbe di coerenza - esponendosi persino a dubbi di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 111 co. 3 Cost., ove si preveda che l'accusato "disponga … delle condizioni" necessarie a preparare la sua difesa, e di incompatibilità con l'art. 6§3 lett. c Conv. eur. dir. uomo – qualora a fronte della previsione dell'obbligatorietà della difesa tecnica e dell'operatività della difesa d'ufficio, non prevedesse un rimedio contro l'incapienza dell'imputato». Ed ancora per l'Autore «qualche riserva suscitano i limiti fissati dall'art. 76 d.P.R. 115/02, da ritenersi comunque operanti sino a diversa presa di posizione legislativa, ma presumibilmente non conferenti con le realtà economiche dei "nuovi imputati».

[52] Paolozzi, *Processo agli enti (Giudizio di cognizione)*, p. 1182, nota 90: «Non pare estensibile l'art. 106, comma 4 bis, c.p.p.". Per l'Autore, inoltre, "in alcuni casi (sarebbe) addirittura vantaggiosa una difesa cumulativa. E' realistico, tuttavia, ritenere che gli enti, temendo una possibile *turbatio sanguinis*, preferiranno prendere le distanze dall'autore del reato e, pertanto,, che rifuggiranno da tale forma di promiscuità», p. 1181. Contrario all'estensibilità dell'art. 106 c.p.p. Garuti, *I profili soggettivi del procedimento*, cit., p. 1180.

[53] Beltrani, *Il diritto di difesa degli enti nel processo penale. Commento a Cass. pen., sez. VI, n. 15689 del 2008*, cit.

[54] Cass. pen., sez. VI, n. 4139/08, cit.

[55] Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit.

[56] Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit.

[57] Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit.. La sentenza richiama sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52748, rv. 261967; sez. VI, 26 luglio 2011, rv. 250432; sez. VI, 16 giugno 2009, n. 41398, cit.

[58] Cass., sez. un., 28 luglio 2015, n. 33041, cit.

[59] Ivi.

suspectus, portando alle estreme conseguenze gli effetti processuali degli atti compiuti per conto dell'ente dal legale incompatibile, non limitandosi a confermare l'inammissibilità dell'atto di appello proposto, ma rilevando la sussistenza di una nullità assoluta già in udienza preliminare.

L'inefficacia degli atti difensivi compiuti del legale rappresentante incompatibile comporterà che l'ente nel processo resta privo di formale rappresentanza e di fatto non sarà costituito.

Compito del giudice è quello di verificare la regolare costituzione del soggetto collettivo con la conseguente dichiarazione di inammissibilità nel caso in cui rilevi l'incompatibilità del rappresentante legale; dichiarazione di contumace ai sensi dell'art. 41 del decreto e nomina un difensore d'ufficio[60].

La Corte rileva che «il giudice di appello al momento della costituzione delle parti – e non all'esito del dibattimento di secondo grado – avrebbe dovuto verificare la regolarità della costituzione dell'ente e la legittimazione del difensore che lo assisteva e, riscontrata l'invalidità della prima e l'inefficacia della nomina fiduciaria, innanzi tutto provvedere a dichiarare la contumacia di G… e provvedere alla nomina di un difensore di ufficio ovvero alla citazione del difensore di ufficio originario, la cui nomina invero mai è venuta meno. Una volta costituite le parti dinanzi a sé, lo stesso giudice avrebbe dovuto registrare la nullità assoluta verificatasi nel grado precedente e adottare i provvedimenti conseguenti»[61].

In definitiva, nel caso di specie, la nullità assoluta si era verificata già al momento della celebrazione dell'udienza preliminare, poiché da quella fase in poi l'ente era rimasto privo di difensore di fiducia, essendo la nomina del legale sostanzialmente inesistente e non essendo stato notificato alcun avviso al difensore d'ufficio nominato nella fase cautelare.

La Suprema Corte ha conseguentemente annullato la sentenza impugnata trasmettendo gli atti al Tribunale di primo grado competente per la celebrazione dell'udienza preliminare.

5. La legittimazione ad impugnare e la prescrizione dell'illecito: brevi considerazioni

La sentenza in commento si occupa anche della legittimazione soggettiva ad impugnare, ricordando come, l'articolo 71 d.lgs. n. 231/01 individua "inequivocabilmente" e "esclusivamente" nell'ente il soggetto legittimato a proporre impugnazione avverso le sentenze relative alla responsabilità amministrativa[62].

Tale scelta legislativa si inquadra nella creazione di quel microsistema processuale dell'ente al quale risulta estraneo il profilarsi di un danno o di un'offesa a carico di privati direttamente riconducile alla condotta illecita ascritta all'ente collettivo.

Per la Corte tale spiegazione sarebbe, inoltre, la più logica atteso che la persona giuridica «è anche l'unico soggetto nei cui confronti è destinata a produrre direttamente i propri effetti la decisione oggetto di impugnazione e ad essere applicate le sanzioni amministrative previste dal decreto»[63]. Soluzione, d'altronde, non smentita neppure dal successivo art. 72 d.lgs. n. 231/01 «il quale riproduce sostanzialmente la regola posta dall'art. 587 c.p.p., comma 1, in tema di estensione dei motivi di impugnazione nel procedimento soggettivamente cumulativo»[64].

La possibilità che l'ente possa giovarsi dell'impugnazione proposta dall'imputato[65], non legittima l'imputato ad impugnare i capi della sentenza che riguardano la responsabilità della persona giuridica. Tale principio non è derogato neppur nel caso in cui il ricorrente sia anche socio dell'ente giuridico[66], poiché «deve ritenersi che siano affatto irrilevanti le conseguenze economiche indirette o riflesse che potrebbero riverberarsi nella sfera soggettiva del socio o dell'amministratore a seguito dell'irrogazione delle sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001»[67].

La perimetrazione della legittimazione comunque «è rimessa alle scelte discrezionali del legislatore con l'unico limite della ragionevolezza, che certo non può ritenersi violato solo che si pensi come l'ente, nel sistema configurato dal d.lgs. n. 231 del 2001 – non risponde direttamente del reato – non ha cioè diretta soggettività penale - ma di un autonomo illecito che nella sua sostanza si risolve nel non aver saputo creare le condizioni per prevenire la consumazione qualora lo stesso risulti essere stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio dai soggetti tassativamente indicati nell'art. 5»[68].

In estrema sintesi:

a) l'art. 34 consente di individuare nell'art. 570 c.p.p. le regole cui deve uniformarsi la proposizione

[60] Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit.

[61] Ivi.

[62] Ovviamente accanto all'ente altro soggetto legittimato dalla norma è il pubblico ministero *ex* art. 71, 3 comma, d.lgs. n. 231/01, che «può proporre le stesse impugnazioni consentite per il reato da cui l'illecito amministrativo dipende».

[63] Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit.

[64] Ivi.

[65] Non fondata su motivi esclusivamente personali.

[66] Per i ricorrenti la «legittimazione invece sussistente in capo all›imputato che sia altresì socio e amministratore dell›ente medesimo, atteso che la condanna di quest›ultimo si riverbera sul suo patrimonio - e dunque indirettamente sul socio chiamato a ripianare le conseguenti perdite mediante la ricostituzione del capitale sociale - e comporta l›eventuale responsabilità di chi l›ha gestito per il danno causato allo stesso», Cfr. Cass. pen., sez. V, 50102/2015, cit.

[67] Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit. Nel caso di specie tale principio è rafforzato dalla circostanza che l'ente vanta di personalità giuridica ed è dunque dotato di piena autonomia patrimoniale.

[68] Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102, cit.

dell'impugnazione da parte della pubblica accusa[69];

b) il gravame proposto dall'ente presuppone l'applicazione delle regole generali di cui all'art. 39 d.lgs. n. 231/01 quanto alla partecipazione nel procedimento penale. Legittimato a proporre impugnazione per conto del soggetto collettivo sarà la persona fisica dotata del potere di rappresentanza nonché, in forza degli artt. 34-35 d.lgs. n. 231/01, il difensore dell'ente, anche laddove eserciti il suo mandato in qualità di difensore d'ufficio[70].

Qualora il legale rappresentante, come nel caso di specie, sia imputato del reato presupposto, l'incompatibilità *ex* art. 39 comporterà la carenza della legittimazione ad impugnare in capo a tale soggetto. L'ente avrà conseguentemente l'onere di individuare un soggetto terzo cui conferire il mandato per proporre impugnazione.

Infine, la Corte ricorda anche i principi applicativi in tema di prescrizione dell'illecito amministrativo[71]. La richiesta di rinvio a giudizio interrompe il termine di prescrizione ed al contempo ne sospende il decorso fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio *ex* art. 22, commi 2 e 4 d.lgs. n. 231/01. La scelta legislativa in materia di prescrizione si discosta dalla disciplina di cui agli artt. 157 e ss. c.p. Diversi, infatti, sono i termini di prescrizione, individuati nel decreto invariabilmente in cinque anni dalla data di consumazione del reato; diverse sono le cause interruttive, che sono la richiesta di applicazione di misure cautelari e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59. Ancora, diversi sono anche gli effetti delle cause interruttive, determinando l'inizio di un nuovo periodo di prescrizione. Ed infine, diverso è l'effetto della causa interruttiva della contestazione dell'illecito, a seguito della quale «la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio».

L'istituto della prescrizione richiama chiaramente la disciplina civilistica di cui all'art. 2945 c.c. nonché la previsione del procedimento amministrativo *ex* art. 28, l. 24 novembre 1981, n. 689.

Quanto all'oggetto della prescrizione, l'art. 22 d.lgs. n. 231/01 fa espresso riferimento alle sanzioni amministrative e non all'illecito. In dottrina, tuttavia, si è evidenziato come un'interpretazione meramente letterale è fallace ed è preferibile riferire la prescrizione sia all'illecito che alla sanzione[72]. Nel caso in esame, l'illecito, *rectius* le sanzioni amministrative irrogabili in ragione del suo accertamento, non potevano essere ritenute prescritte, risultando il relativo termine sospeso dalla data di proposizione della richiesta di rinvio a giudizio, tempestivamente presentata entro il quinquennio da quella di consumazione del reato presupposto, come richiesto dal d.lgs. n. 231 del 2001, art. 22, comma 1.

[69] Gallucci, *Le impugnazioni*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, p. 607 ss.

[70] Paolozzi, *Processo agli enti (Giudizio di cognizione)*, cit., p. 263.

[71] Per un commento più approfondito dell'art. 22 d.lgs. n. 231/01 si rinvia a Riverditi, *sub art. 22*, in *La Responsabilità degli enti*, cit., p. 245 e ss.. In particolare, si richiama il paragrafo "profili di (possibile) illegittimità costituzionale".

[72] Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 154 ss.

Aldo Franceschini
Avvocato del Foro di Napoli, Dottore di ricerca in Sistema penale integrato e processo Università di Napoli Federico II

La prescrizione dei reati tributari in materia di I.V.A. ai tempi di "Taricco". *Nota a C.G.U.E., Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco e altri, e Cass., Sez. III, 17 settembre 2015, Pennacchini*

abstract

Attemps at dialogue between jurisdictions in multilevel system. Judge of preliminar hearing of Cuneo, in criminal proceedings about tax offense relating to V.A.T., asks the Court of justice of E.U. a preliminary question about the compatibility with European Union law of internal statute of limitations. The Court of Luxemburg notes the potential conflict of these rules with Europen Union law – and, in particular, with rules for protection of its financial interests –, urging italian judge, called on to examine "major V.A.T. fraud", to disapply the statute of limitations, after checking two conditions. The Court of cassation transposes this input and pulverizes in a moment the challenged provisions, scuppering the rule of law. Game over (or maybe not …).

keywords

Preliminary question – Disapplication – Statute of limitations.

abstract

Prove di dialogo tra le giurisdizioni nel sistema multilivello. Il G.U.P. di Cuneo, nell'ambito di un procedimento relativo a reati tributari in materia di I.V.A., interpella in via pregiudiziale la Corte di giustizia dell'U.E. in ordine alla compatibilità eurounitaria delle disposizioni interne che regolano l'interruzione della prescrizione. Il Giudice di Lussemburgo rileva il potenziale conflitto di tale disciplina con il diritto dell'Unione – e, in particolare, con le norme che tutelano i suoi interessi finanziari –, invitando il giudice italiano, chiamato a giudicare "frodi gravi" sul tributo I.V.A., alla disapplicazione delle norme in materia di interruzione del termine di prescrizione, previa verifica di date condizioni. La Corte di cassazione recepisce subito l'input e sgretola in un attimo le norme censurate, inabissando così il principio di legalità. Game over (o forse no …).

parole chiave

Questione pregiudiziale – Disapplicazione – Prescrizione.

La questione pregiudiziale posta al giudice di Lussemburgo in materia di reati tributari I.V.A. e l'invito della Corte di giustizia a disapplicare le norme in tema di interruzione della prescrizione

Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'art. 160, ult. co., c.p., come modificato dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, e dall'art. 161 c.p. – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valora aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, T.F.U.E., nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325, §§ 1 e 2, T.F.U.E. disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325, §§ 1 e 2, T.F.U.E.

C.G.U.E., Grande Sezione, 8 settembre 2015
causa C-105/14, Taricco e altri
Pres. Skouris, Rel. Berger

Il disinvolto colpo di spugna della III sezione della Corte di cassazione sugli artt. 160 e 161 c.p.: per il

* l'articolo risulta pubblicato anche sulla rivista della Scuola Superiore della Magistratura "*Diritti & Giurisdizione*", n. 1-2016.

reato di cui all'art. 2 d.lgs. 74 del 2000 scompare il termine prescrizionale complessivo.

Il limite massimo di aumento del termine di prescrizione del reato, nei casi di interruzione della prescrizione ai sensi degli artt. 160 e 161 c.p., qualora applicato al delitto di «dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti inesistenti» ex art. 2 d.lgs. 74 del 2000 è idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, T.F.U.E., poiché tale normativa nazionale impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. Vanno, pertanto, disapplicati gli artt. 160 e 161 c.p., nella parte in cui pongono un limite massimo all'aumento del termine prescrizionale, con l'effetto che, a seguito di ciascuno atto interruttivo, la prescrizione ricomincia nuovamente a decorrere, senza alcun limite massimo e complessivo.

Cass., Sez. III, 17 settembre 2015
deposito 20 gennaio 2016, n. 2210, Pennacchini
Pres. Franco, Rel. Scarcella

C.G.U.E., 8 settembre 2015, Taricco e altri

(Omissis)

Fatti della controversia principale e questioni pregiudiziali

18. A carico degli imputati è stato promosso, dinanzi al Tribunale di Cuneo, un procedimento penale con l'imputazione di aver costituito e organizzato, nel corso degli esercizi fiscali dal 2005 al 2009, un'associazione per delinquere allo scopo di commettere vari delitti in materia di IVA. Essi vengono infatti accusati di aver posto in essere operazioni giuridiche fraudolente, note come «frodi carosello» – che implicavano, in particolare, la costituzione di società interposte e l'emissione di falsi documenti – che avrebbero consentito l'acquisto di beni, segnatamente di bottiglie di champagne, in esenzione da IVA. Tale operazione avrebbe consentito alla società P. Srl (in prosieguo: la «P.») di disporre di prodotti a un prezzo inferiore a quello di mercato che poteva rivendere ai suoi clienti, in tal modo falsando detto mercato.

19. La P. avrebbe ricevuto fatture emesse da tali società interposte per operazioni inesistenti. Le stesse società avrebbero tuttavia omesso di presentare la dichiarazione annuale IVA o, pur avendola presentata, non avrebbero comunque provveduto ai corrispondenti versamenti d'imposta. La P. avrebbe invece annotato nella propria contabilità le fatture emesse dalle suddette società interposte detraendo indebitamente l'IVA in esse riportata e, di conseguenza, avrebbe presentato dichiarazioni annuali IVA fraudolente.

20. Dall'ordinanza di rinvio emerge che, dopo che il procedimento sottoposto alla cognizione del giudice del rinvio è stato oggetto di vari incidenti procedurali e a seguito del rigetto delle numerose eccezioni sollevate dagli imputati nell'ambito dell'udienza preliminare svoltasi dinanzi a detto giudice, quest'ultimo è chiamato, da un lato, a pronunciare sentenza di non luogo a procedere nei confronti di uno degli imputati, il sig. A., poiché i reati considerati risultano estinti per prescrizione nei suoi riguardi. Dall'altro, egli dovrebbe emettere decreto di rinvio a giudizio per gli altri imputati, fissando un'udienza dinanzi al giudice del dibattimento.

21. Il giudice del rinvio precisa che i reati contestati agli imputati sono puniti, ai sensi degli articoli 2 e 8 del d.lgs. n. 74/2000, con la reclusione fino a sei anni. Il delitto di associazione per delinquere, previsto dall'articolo 416 del codice penale, di cui gli imputati potrebbero altresì essere dichiarati colpevoli, sarebbe invece punito con la reclusione fino a sette anni per i promotori dell'associazione e fino a cinque anni per i semplici partecipanti. Ne consegue che, per i promotori dell'associazione per delinquere, il termine di prescrizione è di sette anni, mentre è di sei anni per tutti gli altri. L'ultimo atto interruttivo del termine sarebbe stato il decreto di fissazione dell'udienza preliminare.

22. Orbene, nonostante l'interruzione della prescrizione, il termine della medesima non potrebbe essere prorogato, in applicazione del combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale e dell'articolo 161 dello stesso codice (in prosieguo: le «disposizioni nazionali di cui trattasi») oltre i sette anni e sei mesi o, per i promotori dell'associazione per delinquere, oltre gli otto anni e nove mesi a decorrere dalla data di consumazione dei

reati. Secondo il giudice del rinvio, è certo che tutti i reati, ove non ancora prescritti, lo saranno entro l'8 febbraio 2018, ossia prima che possa essere pronunciata sentenza definitiva nei confronti degli imputati. Da ciò conseguirebbe che questi ultimi, accusati di aver commesso una frode in materia di IVA per vari milioni di euro, potranno beneficiare di un'impunità di fatto dovuta allo scadere del termine di prescrizione.

23. Ad avviso del giudice del rinvio, tale conseguenza era tuttavia prevedibile a causa dell'esistenza della regola sancita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale e dell'articolo 161, secondo comma, dello stesso codice, regola che permettendo solamente, a seguito di interruzione della prescrizione, un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto della sua durata iniziale, finisce in realtà col non interrompere la prescrizione nella maggior parte dei procedimenti penali.

24. Orbene, i procedimenti penali relativi a una frode fiscale come quella contestata agli imputati comporterebbero, di norma, indagini assai complesse, con la conseguenza che il procedimento si protrarrebbe a lungo già nella fase delle indagini preliminari. La durata del procedimento, cumulati tutti i gradi di giudizio, sarebbe tale che, in questo tipo di casi, l'impunità

di fatto costituirebbe in Italia non un'evenienza rara, ma la norma. Peraltro, sarebbe spesso impossibile per l'amministrazione tributaria italiana recuperare l'importo di imposte che abbiano fatto oggetto del reato considerato.

25. In tale contesto, il giudice del rinvio ritiene che le disposizioni italiane di cui trattasi autorizzino indirettamente una concorrenza sleale da parte di taluni operatori economici stabiliti in Italia rispetto ad imprese con sede in altri Stati membri, con conseguente violazione dell'articolo 101 TFUE. Peraltro, tali disposizioni sarebbero idonee a favorire determinate imprese, in violazione dell'articolo 107 TFUE. Inoltre, dette disposizioni creerebbero, di fatto, un'esenzione non prevista all'articolo 158, paragrafo 2, della direttiva 2006/112. Infine, l'impunità de facto di cui godrebbero gli evasori fiscali violerebbe il principio direttivo, previsto all'articolo 119 TFUE, secondo cui gli Stati membri devono vigilare sul carattere sano delle loro finanze pubbliche.

26. Il giudice del rinvio ritiene tuttavia che, qualora gli fosse consentito disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, sarebbe possibile garantire in Italia l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione.

27. Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale di Cuneo ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) [S]e, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, consentendo la prescrizione dei reati nonostante il tempestivo esercizio dell'azione penale, con conseguente impunità – sia stata infranta la norma a tutela della concorrenza contenuta nell'art. 101 del TFUE;

2) Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, privando di conseguenze penali i reati commessi da operatori economici senza scrupoli – lo Stato italiano abbia introdotto una forma di aiuto vietata dall'art. 107 del TFUE;

3) Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, creando un'ipotesi di impunità per coloro che strumentalizzano la direttiva comunitaria – lo Stato italiano abbia indebitamente aggiunto un'esenzione ulteriore rispetto a quelle tassativamente contemplate dall'articolo 158 della direttiva 2006/112/CE;

4) Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, rinunciando a punire condotte che privano lo Stato delle risorse necessarie anche a far fronte agli obblighi verso l'Unione europea, sia stato violato il principio di finanze sane fissato dall'art. 119 del TFUE».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità delle questioni

28. Il sig. A. nonché i governi italiano e tedesco ritengono che le questioni poste dal giudice del rinvio siano irricevibili. A tale riguardo, il sig. A. rileva che le disposizioni di diritto nazionale che stabiliscono le regole sulla prescrizione per i reati in materia fiscale sono state oggetto di recente modifica, ragion per cui le considerazioni del giudice del rinvio risultano infondate. I governi italiano e tedesco sostengono, in sostanza, che le questioni di interpretazione poste dal giudice del rinvio sono puramente astratte o ipotetiche e non hanno alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale.

29. In proposito, occorre rammentare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, nell'ambito della collaborazione tra quest'ultima e i giudici nazionali istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze del caso, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale ai fini dell'emanazione della propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenza Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português, C-667/13, EU:C:2015:151, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

30. Ne consegue che le questioni relative al diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di statuire su una questione pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in particolare, sentenza Halaf, C-528/11, EU:C:2013:342, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

31. Tuttavia, come in sostanza rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 45 e seguenti delle sue conclusioni, i presupposti che possono condurre la Corte a rifiutare di pronunciarsi sulle questioni poste risultano, nel caso di specie, manifestamente insussistenti.

Infatti, le indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio consentono alla Corte di formulare risposte utili per il giudice del rinvio. Inoltre, tali indicazioni sono idonee a consentire agli interessati menzionati all'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi in modo efficace.

32. Peraltro, dall'ordinanza di rinvio risulta chiaramente che le questioni poste alla Corte non sono affatto di tipo ipotetico e che viene individuato un rapporto con la realtà effettiva della controversia principale, dato che tali questioni vertono sull'interpretazione di varie disposizioni del diritto dell'Unione che il giudice del rinvio considera determinanti per la futura decisione che sarà chiamato a emanare nel procedimento principale, più precisamente per quel che riguarda il rinvio a giudizio degli imputati.

33. La domanda di pronuncia pregiudiziale deve pertanto essere dichiarata ricevibile.

Sulla terza questione

34. Con la sua terza questione, che è opportuno affrontare per prima, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, da un lato, se una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti reati in materia di IVA comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale, consentendo in tal modo agli imputati di beneficiare di un'impunità di fatto – determini l'introduzione di un'ipotesi di esenzione dall'IVA non prevista all'articolo 158 della direttiva 2006/112. D'altro lato, in caso di risposta affermativa a tale questione, il giudice del rinvio chiede se gli sia consentito disapplicare dette disposizioni.

Sulla conformità al diritto dell'Unione di una normativa nazionale come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi

35. Occorre in limine rilevare che, sebbene la terza questione faccia riferimento all'articolo 158 della direttiva 2006/112, emerge chiaramente dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio che, con tale questione, il giudice del rinvio mira a determinare, in sostanza, se una normativa nazionale come quella stabilita dalle disposizioni di cui trattasi non si risolva in un ostacolo all'efficace lotta contro la frode in materia di IVA nello Stato membro interessato, in modo incompatibile con la direttiva 2006/112 nonché, più in generale, con il diritto dell'Unione.

36. A tale riguardo, si deve ricordare che, in base al combinato disposto della direttiva 2006/112 e dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE, gli Stati membri hanno non solo l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che l'IVA dovuta nei loro rispettivi territori sia interamente riscossa, ma devono anche lottare contro la frode (v., in tal senso, sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

37. Inoltre, l'articolo 325 TFUE obbliga gli Stati membri a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive e, in particolare, li obbliga ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari (v. sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

38. La Corte ha in proposito sottolineato che, poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della decisione 2007/436, le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, sussiste quindi un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde (v. sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26).

39. Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione conformemente alle disposizioni della direttiva 2006/112 e all'articolo 325 TFUE (v., in tal senso, sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 34 e giurisprudenza ivi citata), possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA.

40. Occorre del resto ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà.

41. La nozione di «frode» è definita all'articolo 1 della Convenzione PIF come «qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa (...) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale [dell'Unione] o dei bilanci gestiti [dall'Unione] o per conto di es[a]». Tale nozione include, di conseguenza, le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione. Questa conclusione non può es-

sere infirmata dal fatto che l'IVA non sarebbe riscossa direttamente per conto dell'Unione, poiché l'articolo 1 della Convenzione PIF non prevede affatto un presupposto del genere, che sarebbe contrario all'obiettivo di tale Convenzione di combattere con la massima determinazione le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

42. Nel caso di specie, dall'ordinanza di rinvio emerge che la normativa nazionale prevede sanzioni penali per i reati perseguiti nel procedimento principale, vale a dire, in particolare, la costituzione di un'associazione per delinquere allo scopo di commettere delitti in materia di IVA nonché una frode nella medesima materia per vari milioni di euro. Si deve rilevare come simili reati costituiscano casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

43. Orbene, dall'insieme delle considerazioni svolte ai punti 37 e da 39 a 41 della presente sentenza emerge che gli Stati membri devono assicurarsi che casi siffatti di frode grave siano passibili di sanzioni penali dotate, in particolare, di carattere effettivo e dissuasivo. Peraltro, le misure prese a tale riguardo devono essere le stesse che gli Stati membri adottano per combattere i casi di frode di pari gravità che ledono i loro interessi finanziari.

44. Il giudice nazionale è quindi tenuto a verificare, alla luce di tutte le circostanze di diritto e di fatto rilevanti, se le disposizioni nazionali applicabili consentano di sanzionare in modo effettivo e dissuasivo i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

45. Si deve in proposito precisare che né il giudice del rinvio né gli interessati che hanno presentato osservazioni alla Corte hanno sollevato dubbi sul carattere dissuasivo, in sé, delle sanzioni penali indicate da detto giudice, ossia della pena della reclusione fino a sette anni, e neppure sulla conformità al diritto dell'Unione della previsione, nel diritto penale italiano, di un termine di prescrizione per i fatti costitutivi di una frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione.

46. Tuttavia, dall'ordinanza di rinvio emerge che le disposizioni nazionali di cui trattasi, introducendo una regola in base alla quale, in caso di interruzione della prescrizione per una delle cause menzionate all'articolo 160 del codice penale, il termine di prescrizione non può essere in alcun caso prolungato di oltre un quarto della sua durata iniziale, hanno per conseguenza, date la complessità e la lunghezza dei procedimenti penali che conducono all'adozione di una sentenza definitiva, di neutralizzare l'effetto temporale di una causa di interruzione della prescrizione.

47. Qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE.

48. Inoltre, il giudice nazionale dovrà verificare se le disposizioni nazionali di cui trattasi si applichino ai casi di frode in materia di IVA allo stesso modo che ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana, come richiesto dall'articolo 325, paragrafo 2, TFUE. Ciò non avverrebbe, in particolare, se l'articolo 161, secondo comma, del codice penale stabilisse termini di prescrizione più lunghi per fatti, di natura e gravità comparabili, che ledano gli interessi finanziari della Repubblica italiana. Orbene, come osservato dalla Commissione europea nell'udienza dinanzi alla Corte, e con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, il diritto nazionale non prevede, in particolare, alcun termine assoluto di prescrizione per quel che riguarda il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco.

Sulle conseguenze di un'eventuale incompatibilità delle disposizioni nazionali di cui trattasi con il diritto dell'Unione e sul ruolo del giudice nazionale

49. Qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni e neutralizzando quindi la conseguenza rilevata al punto 46 della presente sentenza, senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in tal senso, sentenze Berlusconi e a., C-387/02, C-391/02 e C-403/02, EU:C:2005:270, punto 72 e giurisprudenza ivi citata, nonché Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punto 51 e giurisprudenza ivi citata).

50. A tale riguardo, è necessario sottolineare che l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive nonché il loro obbligo di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari sono obblighi imposti, in particolare, dal diritto primario dell'Unione, ossia dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE.

51. Tali disposizioni del diritto primario dell'Unione pongono a carico degli Stati membri un obbligo

di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata, ricordata al punto precedente.

52. In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente (v. in tal senso, in particolare, sentenza ANAFE, C-606/10, EU:C:2012:348, punto 73 e giurisprudenza ivi citata).

53. Occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale.

54. A tale riguardo, diversi interessati che hanno presentato osservazioni alla Corte hanno fatto riferimento all'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), che sancisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, in base ai quali, in particolare, nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale.

55. Tuttavia, con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta.

56. Infatti, non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale (v., per analogia, sentenza Niselli, C-457/02, EU:C:2004:707, punto 30), né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste.

57. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, che sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'articolo 49 della Carta, avvalora tale conclusione. Secondo tale giurisprudenza, infatti, la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 della suddetta Convenzione, dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti [v., in tal senso, Corte eur D.U., sentenze Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149, CEDU 2000-VII; Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, n. 10249/03, § 110 e giurisprudenza ivi citata, e OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia del 20 settembre 2011, n. 14902/04, §§ 563, 564 e 570 e giurisprudenza ivi citata].

58. Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla terza questione che una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di IVA comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE.

Sulle questioni prima, seconda e quarta

59.Con la sua prima, seconda e quarta questione, da esaminarsi congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se un regime di prescrizione applicabile a reati commessi in materia di IVA, come quello previsto dalle disposizioni nazionali di cui trattasi nella loro versione vigente alla data dei fatti di cui al procedimento principale, possa essere valutato alla luce degli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE.

60. Per quanto riguarda, in primo luogo, l'articolo 101 TFUE, esso vieta tutti gli accordi tra imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il

gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. Come in sostanza rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 60 delle sue conclusioni, un'attuazione eventualmente carente delle disposizioni penali nazionali in materia di IVA non ha tuttavia una necessaria incidenza su possibili comportamenti collusivi tra imprese, contrari all'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE.

61. Con riferimento, in secondo luogo, al divieto degli aiuti di Stato previsto all'articolo 107 TFUE, occorre ricordare che una misura mediante la quale le pubbliche autorità accordino a determinate imprese un trattamento fiscale vantaggioso che, pur non implicando un trasferimento di risorse statali, collochi i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole rispetto agli altri contribuenti costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (v., in particolare, sentenza P, C-6/12, EU:C:2013:525, punto 18 e giurisprudenza ivi citata).

62. Orbene, se il carattere non effettivo e/o non dissuasivo delle sanzioni previste in materia di IVA può eventualmente procurare un vantaggio finanziario alle imprese interessate, l'applicazione dell'articolo 107 TFUE non può tuttavia assumere rilievo nel caso di specie, dal momento che tutte le transazioni sono soggette al regime di IVA e che qualsiasi reato in materia di IVA è penalmente sanzionato, a prescindere da casi particolari nei quali il regime della prescrizione potrebbe privare determinati reati di conseguenze penali.

63. In terzo luogo, quanto all'articolo 119 TFUE, tale disposizione menziona, al paragrafo 3, tra i principi direttivi che devono governare le azioni degli Stati membri nell'ambito dell'instaurazione di una politica economica e monetaria, il principio secondo cui gli Stati membri devono vigliare sul carattere sano delle loro finanze pubbliche.

64. Orbene, si deve rilevare che la questione riguardante la conformità al suddetto principio di finanze pubbliche sane delle disposizioni di diritto nazionale di cui trattasi, che possono lasciare impuniti determinati reati in materia di IVA, non rientra nella sfera di applicazione dell'articolo 119 TFUE, dato che il collegamento tra tale questione e il suddetto obbligo gravante sugli Stati membri è molto indiretto.

65. Alla luce di tali considerazioni, occorre rispondere alla prima, alla seconda e alla quarta questione che un regime della prescrizione applicabile a reati commessi in materia di IVA, come quello previsto dalle disposizioni nazionali di cui trattasi nella loro versione vigente alla data dei fatti di cui al procedimento principale, non può essere valutato alla luce degli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE.

(Omissis)

Cass., Sez. III, 17 settembre 2015, Pennacchini

(Omissis)

Motivi della decisione

3. Il ricorso dev'essere parzialmente accolto.

4. Ed invero, dall'impugnata sentenza emergono gli elementi che hanno indotto i giudici territoriali a confermare l'impianto accusatorio nei confronti del ricorrente; in particolare, alle pagg. 6/8 della sentenza sono descritti gli elementi probatori da cui emergeva la natura fraudolenta rispetto alle pretese erariali delle operazioni poste in essere nonché la natura di società "cartiere" delle emittenti le false fatture, poi utilizzate in dichiarazione dal ricorrente. Sintetizzando il percorso logico - argomentativo dell'impugnata sentenza risulta che dagli elementi documentali (indicati nel processo verbale di constatazione della GdF e dai relativi allegati inerenti le risultanze della verifica parziale eseguita nei confronti della società "Boutique dell'auto s.r.l." amministrata dal ricorrente) era emerso che: a) le ditte N., G. C., T. L. e M. N., che risultavano acquirenti di auto all'estero – in particolare, in Germania – e venditrici delle stesse auto ad altre ditte, come la "B. s.r.l.", non avevano sede effettiva, nè dipendenti, nè erano in grado di effettuare le operazioni in oggetto, nè avevano mai presentato dichiarazioni e risultavano evasori totali; b) il venditore effettivo era un imprenditore tedesco e le auto erano acquistate e passavano direttamente alla "B. s.r.l." che poi le vendeva a privati; c) il pagamento all'imprenditore tedesco veniva effettuato di fatto dalla "B. s.r.l."; d) le società "cartiere" quali società interposte, di fatto non facevano nulla, se non interporsi fittiziamente tra le aziende U.E. tedesche e il reale acquirente italiano (in particolare, il P. o altri andavano, con il denaro della "B. s.r.l.", in Germania a ritirare i veicoli che poi consegnavano direttamente alla "Boutique dell'auto s.r.l.", come dichiarato dal L., titolare della N. che aveva definito la propria posizione ex art. 444 c.p.p., e dallo S.; e) i pagamenti ed i flussi di denaro relativi alle auto commercializzate non transitavano nei cc/cc della società interposta, neppure esistenti; f) i titolari delle ditte interposte non erano neppure in grado di esercitare in via autonoma la commercializzazione di autovetture estero-Italia (ad es., si sottolinea in sentenza, il L., titolare della N., non conosceva la lingua tedesca, non disponeva di una struttura commerciale, era soggetto privo di capacità patrimoniale e finanziaria nonché di credibilità commerciale in quanto più riprotestato, ed aveva dichiarato di recarsi in Germania a ritirare le auto con denaro fornito dal P. a cui le portava); g) nell'ambito delle attività della GdF mirate ad acquisire documentazione relativa ai rapporti commerciali intercorsi tra la "B. s.r.l." e le ditte emittenti le fatture in oggetto non risultano essere stati rinvenuti documenti, fax, copie commissioni di ordini, etc. attestanti le trattative commerciali; h) dall'esame delle fatture emesse dalla G. C. nei confronti della società amministrata dal ricorrente, poste a confronto con le rispettive fatture emesse da quest'ultima nei confronti dei singoli acquirenti, sono

emerse palesi incongruenze, come ad esempio l'indicazione della data della vendita dell'autovettura da parte della "B. s.r.l." nei confronti dei singoli acquirenti, antecedente a quella di acquisto della stessa, operato cartolarmente presso la G. C., circostanza impossibile che confermava la fittizietà delle operazioni commerciali.

Risultava dunque evidente, precisano i giudici di appello, che le fatture emesse dalle società acquirenti fossero relative ad operazioni soggettivamente inesistenti, stante il ruolo di "cartiere" delle società interposte; il ricorrente, pertanto, avvalendosi delle fatture soggettivamente inesistenti emesse dalle predette società, aveva quindi presentato dichiarazioni fraudolente per gli anni di imposta 2005-2007, che avevano consentito alla società da lui amministrata di indicare elementi passivi fittizi riguardo all'IVA. 5. A fronte di tale apparato argomentativo, il ricorrente svolge censure con riferimento al secondo motivo, del tutto prive di pregio, asserendo la natura "cristallina" delle operazioni e fornendo una sua personale versione in sede di impugnazione dello svolgersi dell'operazione commerciale, con ciò sostanzialmente chiedendo a questa Corte di svolgere apprezzamenti di fatto, che chiaramente esulano dall'ambito cognitivo di questo giudice di legittimità.

È dunque evidente che, sotto l'apparente censura di un vizio di violazione di legge, il ricorrente in realtà appunta censure di tipo puramente contestativo rispetto alla ricostruzione dei fatti e rispetto alla valutazione del compendio probatorio operato dalla Corte d'appello, operazione vietata in questa sede, risolvendosi nel dissenso rispetto all'approdo motivazionale dei giudici territoriali.

Si ribadisce, e non potrebbe essere altrimenti, che l'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione ha un orizzonte circoscritto, dovendo il sindacato demandato alla Corte di cassazione essere limitato – per espressa volontà del legislatore – a riscontrare l'esistenza di un logico apparato argomentativo sui vari punti della decisione impugnata, senza possibilità di verificare l'adeguatezza delle argomentazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per sostanziare il suo convincimento, o la loro rispondenza alle acquisizioni processuali. Esula, infatti, dai poteri della Corte di cassazione quello di una "rilettura" degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è, in via esclusiva, riservata al giudice di merito, senza che possa integrare il vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa, e per il ricorrente più adeguata, valutazione delle risultanze processuali (per tutte., v.: sez. un., n. 6402 del 30/04/1997 - dep. 02/07/1997, Dessimone e altri, Rv. 207944).

A ciò si aggiunge che gli accertamenti (giudizio ricostruttivo dei fatti) e gli apprezzamenti (giudizio valutativo dei fatti) cui il giudice del merito sia pervenuto attraverso l'esame delle prove, sorretto da adeguata motivazione esente da errori logici e giuridici, sono sottratti al sindacato di legittimità e non possono essere investiti dalla censura di difetto o contraddittorietà della motivazione solo perché contrari agli assunti del ricorrente; ne consegue che tra le doglianze proponibili quali mezzi di ricorso, ai sensi dell'art. 606 c.p.p., lett. e), non rientrano quelle relative alla valutazione delle prove, specie se implicanti la soluzione di contrasti testimoniali, la scelta tra divergenti versioni ed interpretazioni, l'indagine sull'attendibilità dei testimoni e sulle risultanze peritali, salvo il controllo estrinseco della congruità e logicità della motivazione (tra le tante: Sez. 4, n. 87 del 27/09/1989 – dep. 11/01/1990, Bianchesi, Rv. 182961). Controllo, in questa sede, agevolmente superato dalla sentenza impugnata, non potendo del resto dubitarsi del corretto inquadramento giuridico della vicenda sotto la fattispecie del d.lgs. n. 74 del 2000, art. 2, atteso che è pacifico nella giurisprudenza di questa Corte che in tema di reati finanziari e tributari, il reato di utilizzazione (come quello di emissione) di fatture od altri documenti per operazioni inesistenti (d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2 ed 8) è configurabile anche in caso di fatturazione solo soggettivamente falsa, sia per l'ampiezza della norma che si riferisce genericamente ad "operazioni inesistenti", sia perché anche in tal caso è possibile conseguire il fine illecito indicato dalla norma in esame, ovvero consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto (Sez. 3, n. 14707 del 14/11/2007 - dep. 09/04/2008, Rossi e altri, Rv. 239658, relativa a fattispecie nella quale la falsità riguardava la sola indicazione in fattura di altro soggetto qualificato come acquirente).

6. A diversa soluzione deve, invece, pervenirsi quanto al residuo motivo di ricorso, afferente il trattamento sanzionatorio.

Ed infatti, la censura relativa al diniego espresso dalla Corte d'appello quanto alle circostanze attenuanti generiche merita accoglimento, atteso che la Corte d'appello nega le invocate attenuanti limitandosi ad affermare che il relativo motivo di appello sarebbe privo di pregio giuridico; trattasi di motivazione apparente, in quanto non esplicita le ragioni dell'esercizio del potere discrezionale sotteso alla valutazione richiesta dalla legge; nè, peraltro, a tale apparenza motivazionale può supplirsi richiamando la motivazione del primo giudice, non risultando alcuna motivazione sul punto; a fronte, quindi, di uno specifico motivo di appello sul mancato riconoscimento delle attenuanti generiche, la Corte territoriale avrebbe dovuto fornire adeguata giustificazione delle ragioni del diniego, donde la censura difensiva, a fronte di quanto dianzi rilevato, appare fondata. In materia di circostanze attenuanti, l'art. 62-*bis* c.p. prevede il potere discrezionale del giudice di prendere in considerazione altre circostanze diverse da quelle previste nell'art. 62 c.p., qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Vero è che il giudice di merito non è tenuto ad esaminare

e valutare tutte le circostanze prospettate o prospettabili dalla difesa, e neppure è tenuto a prendere in considerazione tutti i criteri indicati nell'art. 133 c.p., essendo sufficiente che indichi i motivi per i quali non ritiene di esercitare il potere discrezionale attribuitogli dall'art. 62-*bis* c.p. (giurisprudenza costante; v. *ex multis*: Sez. 1, n. 1666 del 11/12/1996 – dep. 21/02/1997, Adreveno, Rv. 206936), ma una motivazione deve comunque esservi, e quella offerta dalla Corte territoriale sul punto riveste i caratteri dell'apparenza.

7. L'accoglimento del primo motivo, determina pertanto l'annullamento dell'impugnata sentenza, con rinvio alla Corte d'appello di Perugia, territorialmente competente quale giudice del rinvio, perché colmi il predetto vuoto motivazionale.

Non ricorrono, tuttavia, le condizioni per procedere alla declaratoria di annullamento senza rinvio della medesima sentenza quanto ai fatti relativi al periodo di imposta 2005 – atteso che la relativa prescrizione risulterebbe maturata, in base al combinato disposto degli artt. 157 e 161 c.p., alla data del 16/01/2015, pur tenendo conto delle sospensioni del relativo termine dal 15/07 al 15/09/2011 per rinvio determinato da legittimo impedimento del difensore e dal 16/03 al 5/10/2012 per rinvio determinato dall'adesione del difensore all'astensione proclamata dalla categoria professionale di appartenenza – ritenendo questo Collegio di dover disapplicare la specifica norma di cui all'art. 160, comma 3, u.p., ed all'art. 161 c.p., comma 2 a seguito della sentenza della Corte di Giustizia U.E. dell'8 settembre 2015 (Grande Sezione), T., causa C-105/14.

8. Sul punto sono necessarie alcune considerazioni che impongono la disapplicazione delle predette norme in riferimento ai reati di frode in materia di IVA, come nel caso di specie.

Con la predetta sentenza 8/09/2015, la Grande Camera della Corte di Lussemburgo nel c.d. caso T. ha denunciato l'insostenibilità delle norme in questione (e, in particolare, della previsione di un termine massimo in presenza di atti interruttivi) nella misura in cui tale meccanismo può determinare in pratica la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, lasciando così senza tutela adeguata gli interessi finanziari non solo dell'Erario italiano, ma anche - ed è quanto rileva per i giudici eurounitari - quelli dell'Unione. Tale disciplina è stata giudicata incompatibile con gli obblighi europei di tutela penale: il cui contenuto notoriamente non si esaurisce soltanto nella previsione astratta di norme incriminatrici, ma si estende altresì all'applicazione nel caso concreto delle pene da esse previste nel caso di violazione.

Le conseguenze di questa pronuncia per l'ordinamento italiano derivano dal principio del primato del diritto UE rispetto a quello nazionale (compreso lo stesso diritto penale). La Corte di giustizia ha affermato, con la richiamata sentenza, l'obbligo per il giudice penale italiano di disapplicare in parte qua il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. nella misura in cui il giudice italiano ritenga che tale normativa – fissando un limite massimo al corso della prescrizione, pur in presenza di atti interruttivi, pari di regola al termine prescrizionale ordinario più un quarto – impedisce allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione imposti dall'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE).

In buona sostanza, il giudice di merito, ricorrendo i presupposti indicati dalla citata sentenza europea, ha l'obbligo – discendente direttamente dal diritto dell'Unione – di condannare l'imputato ritenuto colpevole dei reati ascrittigli, senza tener conto dell'eventuale decorso del termine prescrizionale calcolato sulla base delle suddette norme degli artt. 160 e 161 c.p..

9. È opportuno ricordare brevemente il caso deciso dalla Corte di Giustizia.

Nei confronti del T. e di altri soggetti era pendente avanti il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Cuneo un procedimento penale per associazione per delinquere allo scopo di commettere vari delitti in materia di IVA, attraverso il noto meccanismo delle c.d. "frodi carosello". Secondo l'impostazione dell'accusa, essi avrebbero in tal modo realizzato negli esercizi fiscali dal 2005 al 2009 un'evasione dell'IVA in relazione all'importazione di champagne per un importo pari a diversi milioni di Euro. Con ordinanza 17 gennaio 2014, il G.U.P., rilevato l'intervenuto decorso della prescrizione nei confronti di uno degli imputati, constatava altresì che nei confronti di tutti gli altri imputati la prescrizione sarebbe maturata nei termini di sette anni e mezzo dalla data di cessazione dell'associazione (per ciò che concerne i meri partecipi) o, al massimo, in quello di otto anni e nove mesi (per ciò che concerne i capi). In ogni caso, tutti i reati - ove non ancora prescritti - lo sarebbero stati entro il febbraio 2018: e la previsione del G.U.P. (tenuto conto della fase processuale nella quale il processo si trovava alla data dell'ordinanza) era che entro tale data sarebbe stato impossibile pervenire ad un accertamento definitivo. Il giudice sottoponeva allora una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo se la disciplina in materia di termine massimo di prescrizione in presenza di atti interruttivi di cui agli artt. 160 e 161 c.p. produca effetti compatibili con una serie di norme del TFUE e con una disposizione della direttiva 2006/112/UE in materia di IVA. 10. Utile, inoltre, per cogliere la soluzione della Corte di Giustizia, è ricordare le conclusioni svolte dall'Avvocato generale che, pur ritenendo irrilevanti le disposizioni di diritto dell'Unione invocate dal giudice del rinvio rispetto alla sostanza della questione prospettata, ebbe a riformulare la questione pregiudiziale sollevata riducendola ai suoi termini essenziali ed individuandone altresì i corretti fondamenti normativi.

L'Avvocato generale aveva invero precisato l'esatto ambito della questione sulla quale poi la Corte di Giustizia U.E. si è pronunciata, ossia: "se il diritto dell'Unione imponga ai giudici degli Stati membri di disapplicare determinate disposizioni del loro diritto nazionale relative alla prescrizione dei reati, al fine di garantire una repressione efficace dei reati fiscali" (1).

La soluzione offerta dall'Avvocato generale era affermativa e risultava imposta non solo dall'impianto generale della direttiva 2006/112/UE alla luce del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 3 TUE, ma anche dall'art. 325 TFUE (a tenore del quale gli Stati membri sono pertanto tenuti a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione "con misure dissuasive ed effettive"), nonché dall'art. 21 della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea (la c.d. convenzione PIF), che impone espressamente agli Stati firmatari la previsione di sanzioni penali, che nei casi di frodi gravi devono altresì includere sanzioni privative della libertà.

I giudici nazionali sono, pertanto, tenuti a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, anzitutto mediante l'interpretazione del proprio diritto in maniera conforme al diritto UE: ovvero, laddove tale interpretazione conforme non sia possibile, "disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale" (106-111).

11. I giudici eurounitari hanno accolto, com'è noto, la richiesta dell'Avvocato generale, concordando anzitutto nel ritenere irrilevanti le norme di diritto UE invocate dal giudice del rinvio, ma focalizzando, per quanto qui di interesse, l'attenzione sulle norme esaminate dall'Avvocato generale. Richiamando il proprio precedente Fransson, la Corte osserva anzitutto che dalla direttiva 2006/112/CE nel suo complesso, alla luce del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 p. 3 TUE, emerge a carico degli Stati membri non solo l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che UVA dovuta nei loro rispettivi territori sia interamente riscossa, ma altresì quello di anche lottare contro le frodi in materia di IVA. Tale obbligo si ricava d'altronde, a livello di diritto primario dell'Unione, dall'art. 325 pp. 1 e 2 TFUE, che impegna gli Stati membri a "lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive e, in particolare, li obbliga ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari" (p. 37). Tra gli interessi finanziari dell'Unione, come già affermato nella sentenza Fransson, rientra certamente anche l'interesse alla riscossione delle aliquote agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione; sicché qualsiasi lacuna nella riscossione dell'IVA a livello nazionale si traduce in un pregiudizio per le finanze dell'Unione (p. 38).

Infine, la Corte accoglie l'impostazione dell'Avvocato generale anche nell'individuazione nell'art. 2 p. 1 della Convenzione PIF il fondamento normativo di un obbligo non solo (genericamente) di tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva delle finanze dell'Unione (comprensive dell'interesse alla riscossione delle aliquote IVA), ma anche di uno specifico obbligo di adottare sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, che prevedano – nei casi gravi di frode – anche pene privative della libertà personale (pp. 40-41).

Ciò posto, la Grande Sezione della Corte U.E. rileva che nel caso di specie il procedimento penale concerneva una frode in materia di IVA dell'importo di vari milioni di euro, lesiva come tale anche degli interessi finanziari dell'Unione; una frode tuttavia che, secondo quanto illustrato dal giudice del rinvio, avrebbe rischiato fortemente di restare impunita per effetto della vigente disciplina della prescrizione, e in particolare per effetto del meccanismo di diritto interno secondo cui, anche in caso di atti interruttivi, il termine prescrizionale non può essere aumentato più di un quarto della sua durata iniziale. Una simile situazione determinerebbe l'assenza di conseguenze sanzionatorie nel caso concreto, in frontale violazione degli obblighi UE appena menzionati.

Inoltre, come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni in udienza, l'ordinamento italiano non assicurerebbe eguale trattamento alle frodi contro imposte meramente nazionali e a quelle (anche) di pertinenza dell'Unione come l'IVA, nella misura in cui il termine massimo complessivo della prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. non opera nel caso di associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi di cui al d.P.R. 23 gennaio 1943, n. 436, art. 291-*quater*, mentre opera per le associazioni finalizzate alle frodi in materia di IVA che ledono, per l'appunto, il bilancio dell'Unione.

Un'asimmetria, questa, espressamente vietata dal p. 2 dell'art. 325 TFUE, a tenore del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare "per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari".

Operazione possibile in forza del principio della tutela equivalente enunciato dalla Corte già a partire da due storiche sentenze della C.G.C.E. (sentenza 21 settembre 1989, 68/88, Commissione/Repubblica Ellenica e sentenza 13 luglio 1990, 2/88, Zwartveld e aa.), con cui vennero indicati i principi che presiedono alla penalizzazione di interesse comunitario, sulla base dell'obbligo di solidarietà comunitaria (art. 5 ora 10 TCE): 1) gli Stati devono perseguire con concreta adeguatezza sotto il profilo sostanziale e processua-

le le violazioni del diritto comunitario; 2) i termini della prevenzione sono prefissati, la tutela dovendosi attestare almeno sui livelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza (principio di assimilazione), e comunque su livelli tali da conferire alla sanzione un carattere di effettività, proporzionalità, capacità dissuasiva; 3) gli Stati sono obbligati ad adottare tutte le misure atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario. Si era così aperto anche sul fronte dell'impulso alla penalizzazione un sindacato comunitario sulle scelte di penalizzazione degli Stati, che si affianca contrapponendosi a quello esperibile in base a principi comunitari penalistici di garanzia e libertà.

12. Il problema più delicato affrontato dalla Grande Sezione nel caso T. concerne però le conseguenze che il giudice del rinvio, e in generale ogni giudice nella sua stessa posizione, è chiamato a trarre dalla verifica di tali profili di violazione del diritto UE. La Corte U.E. concentra la sua attenzione esclusivamente sull'art. 325 TFUE, che è in effetti Tunica norma - tra quelle sino a quel momento esaminate - in grado di esplicare effetto diretto nel giudizio nazionale, trattandosi di norma di diritto primario che pone "a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione" (p. 51). L'effetto diretto dei primi due paragrafi dell'art. 325 TFUE, dotati di primazia rispetto al diritto nazionale, comporta qui la conseguenza "di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente" (p. 52), nel caso di specie rappresentata dalle citate norme di cui agli artt. 160 e 161 c.p. Di qui la conclusione, trasfusa poi letteralmente nel dispositivo: "una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi (...) è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325, paragrafi lei, TFUE" (p. 58).

13. Occorre chiarire alcuni aspetti relativi agli effetti della decisione della Corte U.E. Anzitutto, deve osservarsi come la Grande Sezione non pretende tout court la disapplicazione dei termini di prescrizione previsti dall'art. 157 c.p., che in quanto tali vengono giudicati del tutto compatibili con gli obblighi UE; nè, ovviamente, la disapplicazione dell'art. 160 c.p. nella parte in cui disciplina in linea generale gli atti interruttivi e i loro effetti, disponendo in particolare che - dopo ogni atto interruttivo - la prescrizione comincia nuovamente a decorrere dal giorno dell'interruzione.

A dover essere disapplicata, chiariscono i giudici eurounitari, è soltanto l'ultima proposizione dell'ultimo comma, successiva al punto e virgola, ove si dispone che "in nessun caso i termini stabiliti nell'art. 157 possono essere prolungati oltre il termine di cui all'art. 161, comma 2, fatta eccezione per i reati di cui all'art. 51 c.p.p., commi 3-*bis* e 3-*quater*". In pratica, dunque, secondo la lettura successiva alla imposta disapplicazione, il termine ordinario di prescrizione ricomincerà da capo a decorrere dopo ogni atto interruttivo, anche al di fuori dei procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale dove già vige questa regola, senza essere vincolato dai limiti massimi stabiliti dal successivo art. 161 c.p. in maniera differenziata per delinquenti primari o recidivi.

14. In secondo luogo, potrebbe ritenersi che l'obbligo enunciato nel dispositivo non concerna soltanto i procedimenti relativi alle "frodi" in materia di IVA, come quella di cui si discuteva nel giudizio di rinvio, ma teoricamente potrebbe estendersi a qualsiasi reato tributario che comporti, nel caso concreto, l'evasione in misura grave di tributi IVA (ad es. l'omessa dichiarazione ex art. 5 o l'omesso versamento del tributo *ex* d.lgs. n. 74 del 2000, art. 10 *ter*). Si potrebbe infatti sostenere che, nonostante l'esplicito riferimento contenuto nel dispositivo, che indurrebbe a circoscrivere l'obbligo a condotte fraudolente come l'utilizzo o l'emissione di fatture false, la conclusione contraria potrebbe fondarsi sul dato testuale dell'art. 325 p. 1 TFUE, su cui fa perno l'argomentazione della Corte, tale norma impegnando espressamente gli Stati a combattere non solo la "frode", ma anche le "altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione". Va peraltro osservato che la questione è irrilevante ai fini della soluzione del presente giudizio, e non va quindi affrontata in questa sede.

15. Terza condizione di operatività dell'obbligo è, poi, che la frode (o eventualmente il reato in materia di IVA) di cui si controverte sia "grave", così come quella oggetto del giudizio di rinvio, ove si controverteva dell'evasione di milioni di euro (si noti che la Corte U.E. non fornisce alcuna indicazione quantitativa circa la soglia minima di gravità in presenza della quale per il giudice scatta l'obbligo di disapplicare le citate norme di cui agli artt. 160 e 161 c.p., lasciando così al giudice penale italiano il compito di delimitare l'ambito di applicazione della norma europea).

In ogni caso è compito della giurisprudenza sciogliere questi nodi esegetici, e stabilire così in quali casi operare la disapplicazione richiesta dalla Corte euro-

pea, secondo i criteri enunciati della sentenza. Qui l'indicazione della Corte di giustizia è categorica (cfr. il punto 49 della motivazione, in cui si richiama inter alios la recente sentenza Kucukdeveci), ed è del resto conforme a quanto costantemente affermato dalla nostra giurisprudenza costituzionale a partire dalla storica sentenza Granita (n. 170/1984) in poi: il compito di risolvere le antinomie tra norme di legge nazionali – come gli artt. 160 e 161 c.p. – e norme di diritto UE dotate di effetto diretto – come l'art. 325 TFUE – spetta unicamente al giudice comune.

16. Orbene, facendo applicazione di tali principi fissati dalla Grande Sezione nel caso T. al caso sottoposto all'esame di questa Corte, osserva il Collegio, come la situazione sia sostanzialmente analoga a quella affrontata dai giudici eurounitari.

Ed infatti si discute in questa sede di una frode IVA posta in essere dal ricorrente mediante l'utilizzo di false fatture per operazioni soggettivamente inesistenti relative a numerose annualità (dal 2003 al 2007), con consistente evasione di IVA in relazione a ciascun periodo di imposta. Deve, sul punto, precisarsi che non rileva nel caso di specie la questione – che dovrà essere affrontata e risolta dal giudice ordinario quando sarà rilevante –, che presenta invero molteplici sfaccettature, se, per valutare la gravità, ci si debba limitare ai singoli reati oppure se si debba avere riguardo alla totalità di tutti i reati posti in continuazione, tenendo o meno conto anche dei reati dichiarati estinti per prescrizione.

In altri termini, cioè, non rileva nel presente processo la questione se debbano disapplicarsi le norme nazionali sulla interruzione della prescrizione anche per il singolo o i singoli reati che eventualmente non siano certamente gravi, perché implicanti una evasione di poche migliaia di euro, ove la somma complessiva evasa per tutti i reati contestati sia elevata.

Questione, questa, che nel presente processo non è rilevante – e quindi non merita approfondimento in questa sede – perché, sia valutando la totalità della evasione per tutti i reati sia valutando le evasioni per i singoli reati, in ogni caso occorre disapplicare la norma sulla interruzione perché nella specie anche le singole evasioni raggiungono ognuna la soglia della gravità.

Non può dunque dubitarsi che, trattandosi di frode fiscale IVA di importo singolarmente consistente per ciascun periodo di imposta si rientri nella nozione di "gravità" valutata dalla Corte U.E. quale condicio per la disapplicazione del regime prescrizionale dettato dal combinato disposto delle dette norme di cui agli artt. 160 e 161 c.p.

17. Ciò posto, ritiene il Collegio - per le ragioni che verranno indicate infra - che nel caso in esame non vi sono sufficienti ragioni per sollevare una questione di legittimità costituzionale, dal momento che è evidente la mancanza di contro limiti e di dubbi ragionevoli sulla compatibilità degli effetti della imposta disapplicazione con le norme costituzionali italiane.

18. La stessa Corte di Giustizia ha affrontato il problema se la disapplicazione di una norma del codice penale in materia di prescrizione contraria al diritto UE, con effetti sfavorevoli per l'imputato, violi di per se stessa il principio di legalità in materia penale, secondo cui nessuna responsabilità penale può sussistere se non in forza della legge (legge, costituita dal combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p., di cui la Corte U.E. richiede la disapplicazione in parte qua). Orbene, come visto, la Corte U.E. affronta apertamente tale obiezione, sollevata dai Governi intervenuti e già affrontata del resto dall'Avvocato generale, pervenendo alla stessa conclusione negativa: il principio di legalità non è in alcun modo vulnerato.

La norma di riferimento per la Corte è, com'è ovvio, l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE), che – in forza dell'art. 52 CDFUE – recepisce il *nullum crimen* nell'estensione riconosciutagli dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sulla corrispondente previsione dell'art. 7 CEDU. Secondo tale giurisprudenza (di particolare rilievo in questo senso la sentenza della Corte E.D.U., Coème e a. c. Belgio, ric. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, 149), puntualmente richiamata dalla Corte di giustizia, la materia della prescrizione del reato attiene in realtà alle condizioni di procedibilità del reato, e non è pertanto coperta dalla garanzia del *nullum crimen*, tanto che persino l'applicazione a fatti già commessi ma non ancora giudicati in via definitiva del termine di prescrizione ad opera del legislatore deve ritenersi compatibile con l'art. 7, che si limita a garantire che il soggetto non sia punito per un fatto e con una pena previsti dalla legge come reato al momento della sua commissione.

Nel caso di specie, osserva la Corte U.E., i fatti commessi dagli imputati integravano i reati previsti dalle norme allora già in vigore, ed erano passibili delle stesse pene che oggi dovrebbero essere loro applicate: e tanto basta per garantire il rispetto del principio di legalità, nella sua funzione di baluardo delle libere scelte d'azione dell'individuo (che ha diritto a non essere sorpreso dall'inflizione di sanzioni penali per lui non prevedibili al momento della commissione del fatto). Rispetto invece alla maturazione del termine prescrizionale, già l'Avvocato generale aveva osservato che "non sussiste (per l'individuo) un affidamento meritevole di tutela" a "che le norme applicabili sulla durata, il decorso e l'interruzione della prescrizione debbano necessariamente orientarsi sempre alle disposizioni di legge in vigore al momento della commissione del reato" (p. 119 delle conclusioni, Avvocato Generale). Ciò è sufficiente per la Corte di Giustizia: la soluzione imposta ai giudici italiani è compatibile con il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo della Carta, che vincolano in egual misura le istituzio-

ni europee e quelle nazionali nell'attuazione del diritto UE, e tanto basta a garantire la legittimità di tale soluzione.

18. Il Collegio ritiene che non si prospetta alcun dubbio di illegittimità costituzionale, non ravvisandosi gli estremi per sottoporre al giudizio della Corte Costituzionale la questione di un possibile contrasto della legge di esecuzione del Trattato (e, quindi, dell'art. 325 TFUE) con l'art. 25 Cost., comma 2, e ciò perché la specifica norma di cui dell'art. 160 c.p., comma 3, u.p. e dell'art. 161 c.p., comma 2, che nella specie viene in rilievo, non gode – anche secondo la giurisprudenza costituzionale, oltre che secondo quella europea – della copertura della citata norma costituzionale di cui all'art. 25.

In ogni caso, non rileva nella specie, la questione, peraltro di natura dogmatica, se la disciplina della prescrizione, o di alcuni elementi di essa, abbia natura sostanziale o processuale, perché, quale che sia la risposta che si voglia dare dogmaticamente, comunque la specifica norma che ci interessa non è coperta dalla tutela dell'art. 25 Cost. e dall'art. 7 CEDU come afferma anche la sentenza n. 236 del 2011 della Corte costituzionale.

19. Tanto premesso, si spiega quindi la soluzione operata dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia U.E. nel c.d. caso T. e la indicazione ai giudici italiani di disapplicare quella specifica norma degli artt. 160 e 161 c.p., che, nei casi indicati, pone in pericolo gli interessi finanziari dell'Unione. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ritiene illegittima dal punto di vista euro- unitario la specifica norma degli artt. 160 e 161 c.p.. Ad ogni modo, la CGUE, come anticipato, non censura l'intero assetto normativo della prescrizione ma si limita a delegittimare la previsione di un termine massimo pur in presenza di atti interruttivi.

La conclusione, per il giudice europeo, è quella di disapplicare tale normativa contrastante con le norme del Trattato di Lisbona.

Dopo il caso Niselli (in cui la CGUE aveva suggerito al giudice nazionale di disapplicare l'interpretazione autentica di rifiuto e condannare l'imputato applicando la nozione di rifiuto vigente al momento dei fatti: Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, C-457/02), questa sentenza è la seconda che prevede, almeno così apertamente, risvolti *contra reum*.

Nel caso N., il principio di legalità non era violato, perché, al momento del fatto, era vigente la disciplina penale più sfavorevole, poi modificata *in mitius* (ma illegittima per il diritto europeo). Nel caso T., la legalità penale non è violata in quanto la disciplina della prescrizione (o almeno la disciplina della interruzione della prescrizione) ha, per la CGUE, natura processuale.

La legalità penale riguarderebbe insomma l'incriminazione e la garanzia di libere scelte di azione da parte del cittadino, ma non avrebbe tale copertura l'affidamento del cittadino "che le norme applicabili sulla durata, il decorso e l'interruzione della prescrizione debbano necessariamente orientarsi sempre alle disposizioni di legge in vigore al momento della commissione del reato" (p. 119). Nell'Unione europea la legalità processuale ha una tutela meno intensa di quella penale sostanziale, come confermato ad esempio dalla materia del MAE e dalle ripercussioni interne delle pronunce della CGUE sulla L. n. 69 del 2005 (si v., ad esempio, le pronunce di questa Corte: Sez. 6, n. 34355 del 23/09/2005 – dep. 26/09/2005, Ilie Petre e sez. un., n. 4614 del 30/01/2007 – dep. 05/02/2007, Ramoci, sul MAE; v., ancora, le pronunce che hanno dato attuazione interna alla sentenza della CGCE Pupino). Questo minor vigore della legalità processuale in sede europea sembrerebbe, secondo alcuni, "accettato" o "tollerato" dallo Stato Italiano che firmando il Quarto Protocollo alla Convezione dei Consiglio d'Europa del 1957 sulla estradizione, nella cui formulazione si accetta il principio per cui il decorso della prescrizione nello Stato richiesto non impedisce la consegna della persona allo Stato richiedente, sembrerebbe testimoniare come anche per il legislatore la prescrizione non è propriamente un elemento della fattispecie penale.

20. E' dunque evidente, per quanto sinora chiarito, che la sentenza europea non incide sulla disciplina e sui termini di prescrizione, ma solo sulla durata massima della interruzione, peraltro comportando l'applicazione anche per le gravi frodi in tema di IVA di una norma già prevista per altri casi concernenti imposte nazionali.

Ma, ed è questo il punto centrale della valutazione operata da questa Corte, non vi è alcuna necessità di sollevare questione di costituzionalità della legge di esecuzione della norma del Trattato per presunto contrasto con l'art. 25 Cost., essendo pacifico che, per la giurisprudenza della Corte costituzionale, oltre che per quella europea, la specifica norma di cui agli artt. 160 e 161 c.p., che qui viene in rilievo, non è dotata della copertura costituzionale dell'art. 25. In altri termini, ritiene il Collegio che, quale che sia la natura sostanziale o processuale della prescrizione o, più specificamente, degli effetti della interruzione, si deve ritenere che, in ossequio alla citata pronuncia della Corte di Giustizia, nell'ipotesi di contrasto col diritto europeo, per i processi in materia di gravi frodi in tema di IVA in cui il termine di prescrizione non è spirato, le specifiche norme di cui all'art. 160 c.p., comma 3, e art. 161 c.p., comma 2, vadano disapplicate, non ponendosi del resto – attesa anche la natura dichiarativa e non costitutiva della sentenza della C.G.U.E. – alcun problema di controlimiti. L'interpretazione della Corte di Giustizia U.E. è, infatti, di natura dichiarativa, non creativa, quindi si intende che interpreti le norme comunitarie come sono in origine al momento della loro approvazione. Pertanto, portata e senso delle interpretazioni sono applicabili retroatti-

vamente anche per leggi degli Stati membri emanate in momenti compresi tra la data della norma comunitaria e la sentenza della Corte.

Nello specifico caso concreto, sottoposto all'esame di questo Collegio, la disapplicazione nei processi in corso di questa specifica norma (contrastante fin dalla sua origine con i principi del Trattato, per come specificati dalla Corte di Giustizia), non comporta dunque alcun contrasto con l'art. 25 Cost., non ravvisandosi un'applicazione retroattiva di norme penali incriminatrici sanzionatorio. L'ampia diffusione del fenomeno delle frodi comunitarie aveva infatti indotto gli Stati membri a procedere alla definizione di uno sforzo comune teso a contrastare in maniera più efficace questo tipo di irregolarità, fornendo un fondamento giuridico certo a tale azione con l'approvazione del Trattato di Maastricht. Fino a tale Trattato mancava, infatti, qualsiasi previsione specifica nei trattati istitutivi sull'argomento; con quest'ultimo trattato era stato aggiunto un nuovo articolo (l'art. 209A, poi art. 280) che per la prima volta poneva esplicitamente a carico degli Stati membri l'obbligo di adottare anche per gli interessi finanziari della Comunità "le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari", articolo poi completamente riformulato con il Trattato di Amsterdam.

Con il Trattato di Maastricht, inoltre, il tema della lotta alle frodi aveva trovato collocazione anche nell'ambito del c.d. terzo pilastro. Tra gli obiettivi esplicitamente enunciati dall'ex art. K.1 (poi art. 29) figurava, infatti (al punto 5), anche la "lotta contro la frode su scala internazionale", disposizione sulla cui base erano adottate diverse Convenzioni.

La base giuridica per l'azione comunitaria in tema di lotta alle frodi era quindi costituita dall'art. 280 del Trattato CE. La disposizione cardine contenuta in questo articolo era quella del secondo paragrafo, nella parte in cui si imponeva agli Stati membri l'obbligo di combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari delle Comunità con gli stessi strumenti che vengono adottati per combattere le frodi a livello nazionale. In pratica con questa disposizione veniva introdotto il c.d. principio di assimilazione:

gli interessi finanziari comunitari vengono assimilati a quelli nazionali con la conseguenza che gli Stati sono tenuti ad agire con gli stessi mezzi e adottando le stesse misure in entrambi i casi.

L'art. 325 TFUE trova quindi il suo antecedente storico-giuridico proprio nell'art. 280 TCE: ciò spiega, come anticipato, la ragione per cui la disapplicazione della specifica norma di cui agli artt. 160 e 161 c.p. nei termini indicati dalla sentenza T. (norma contrastante fin dalla sua origine con i principi del Trattato, per come specificati dalla Corte di Giustizia, in particolare con il già esistente art. 280 TCE, poi sostituito dall'art. 325 TFUE), non comporta dunque alcun contrasto con l'art. 25 Cost., non ravvisandosi un'applicazione retroattiva di norme penali incriminatrici sanzionatorie.

21. Deve, poi, osservarsi – argomento per questo Collegio decisivo – come già la stessa Corte costituzionale ha ritenuto irrilevante la questione della natura della prescrizione, in particolare con la sentenza n. 236 del 2011, laddove, al punto 15, afferma che dalla "stessa giurisprudenza della Corte europea emerge che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione, come si desume dalla sentenza 22 giugno 2000 (Coeme e altri contro Belgio) con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati".

Da questo richiamo si può desumere che la Corte costituzionale non ha ritenuto di attivare il controlimite (non si sarebbe citato l'art. 7 Cedu se lo si fosse ritenuto in contrasto con il nostro art. 25 Cost.). È ben vero che, nel caso sottoposto alla Corte costituzionale si trattava di giustificare limiti alla retroattività di una norma nuova *in bonam partem*, mentre nel caso esaminato da questa Corte sì tratta di giustificare l'applicazione dell'art. 325 TFUE; nondimeno, però, osserva il Collegio, l'esempio citato dalla Corte costituzionale si riferisce proprio alla ritenuta conformità all'art. 7 Cedu di una legge belga sulla prescrizione retroattiva *in malam partem*. E, a conferma di quanto sopra, non può sfuggire come l'esempio richiamato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 236 del 2011 (caso Coeme e altri contro Belgio) è – guarda caso – proprio il medesimo che viene evocato dalla Corte di Giustizia U.E. nel c.d. caso T. per richiedere al giudice italiano la disapplicazione della specifica norma di cui agli artt. 160 e 161 c.p., nei limiti indicati dal giudice europeo e dianzi richiamati: si legge, infatti, al 57 della sentenza CGUE che "La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, che sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'art. 49 della Carta, avvalora tale conclusione. Secondo tale giurisprudenza, infatti, la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'art. 7 della suddetta Convenzione, dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti (v., in tal senso, Corte eur D.U., sentenze Coeme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, 149, CEDU 2000UVII; Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, n. 10249/03, 110 e giurisprudenza ivi citata, e OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia

del 20 settembre 2011, n. 14902/04, 563, 564 e 570 e giurisprudenza ivi citata)".

22. Non rileva, dunque, a fronte della chiara indicazione fornita dal Giudice delle leggi con la citata sentenza n. 236 del 2011, la distinzione fatta da alcuni tra termine dell'art. 157 c.p. e termine massimo di cui agli artt. 160 e 161 c.p., perché – oltre a trattarsi di questione dottrinaria – in ogni caso, anche qualora la distinzione non fosse possibile e il termine massimo avesse natura sostanziale, in ogni caso la norma che qui interessa non è coperta dall'art. 25 Cost.

23. Conclusivamente, nel caso sottoposto all'esame di questa Corte, l'obbligo di disapplicazione comporta la seguente soluzione: la disapplicazione non può provocare la reviviscenza di una norma anteriore (ossia, nella specie, il regime della prescrizione antecedente alle modifiche introdotte dalla L. n. 251 del 2005).

La disapplicazione della specifica norma indicata dalla sentenza europea (artt. 160 e 161 c.p., nei limiti indicati) non può infatti comportare la reviviscenza parziale della precedente disciplina perché non incide sulla norma abrogatrice (e sull'effetto abrogativo) ma, appunto, secondo la esplicita indicazione della sentenza europea, comporta solo l'applicazione alla grave frode IVA del termine massimo previsto per i reati di cui all'art. 51 bis c.p.p.: in questa mancata applicazione la sentenza europea ha ravvisato il contrasto col principio del Trattato.

Nemmeno può determinare la revoca della dichiarazione di estinzione del reato già intervenuta, perché il soggetto al quale l'autorità giurisdizionale abbia dichiarato estinto il reato acquisisce un diritto soggettivo che prevale sulle istanze punitive dello Stato.

Nella specie, quindi, il contrasto con la norma del Trattato non incide sui periodi di imposta 2003 e 2004 già dichiarati estinti per prescrizione nei due gradi di merito. Si tratta, in sostanza, di un errore del giudice che ha omesso di rilevare il già sussistente (anche se non ancora esplicitato dalla Corte di giustizia U.E.) contrasto col principio europeo, ma la sua statuizione è ormai divenuta irrevocabile.

Per i reati oggi non ancora estinti per prescrizione, invece, bisogna distinguere: a) se la eventuale futura dichiarazione di prescrizione dipende dal mancato rispetto dei termini di cui all'art. 157 c.p., nulla quaestio, non essendo stato questo punto toccato dalla pronuncia della C.G.U.E.; b) se la eventuale futura dichiarazione di estinzione dipende invece dal meccanismo del combinato disposto dell'art. 160 c.p., comma 3 e art. 161 c.p., comma 2, queste norme devono essere disapplicate.

In questo ultimo caso, dunque, il soggetto non ha alcun diritto soggettivo che prevale sulla pretesa punitiva dello Stato, dovendo escludersi ogni violazione del diritto di difesa, perché non può assegnarsi alcun rilievo giuridico a tale aspettativa dell'imputato al maturarsi della prescrizione (così Corte cost., ordinanza n. 452 del 1999, che, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 160 c.p.p., sollevata in riferimento gli artt. 3 e 24 Cost., precisò appunto come dovesse "escludersi ogni violazione del diritto di difesa,..... perché non può assegnarsi alcun rilievo giuridico ad una sorta di "aspettativa" dell'imputato al maturarsi della prescrizione").

Si tratta, quindi, di un mutamento limitatamente però a quel termine di natura squisitamente processuale, il quale deve considerarsi subvalente rispetto alla fedeltà agli obblighi europei discendenti dagli artt. 4 TUE e 325 TFUE: il contrasto con gli obblighi europei concerne, pertanto, unicamente il regime della durata massima del termine che comincia a decorrere dopo l'interruzione della prescrizione, regime che non riceve copertura dall'art. 25 Cost. per le ragioni già indicate.

Ne discende, quindi, per effetto della disapplicazione della norma dell'ultima parte dell'art. 160, comma 3 e dell'art. 161 c.p., comma 2, che, anche per l'ipotesi di reati concernenti gravi frodi in materia di IVA, in applicazione della regola già prevista da dette disposizioni per i reati di cui all'art. 51 c.p.p., commi 3 bis e 3 quater, il termine ordinario di prescrizione (nel caso di specie, anni 6) ricomincerà da capo a decorrere dopo ogni atto interruttivo (nella specie, dall'ultimo, costituito dalla sentenza d'appello, intervenuta in data 21/10/2014), come accade nei procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale dove appunto già vige questa regola, senza essere vincolato dai limiti massimi stabiliti dal successivo art. 161 in maniera differenziata per delinquenti primari o recidivi.

24. L'impugnata sentenza dev'essere, conclusivamente, annullata limitatamente alla valutazione relativa all'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche –, con rinvio alla Corte d'appello di Perugia, giudice di secondo grado cui spetta la competenza in sede annullamento con rinvio delle sentenze della Corte territoriale anconetana.

P.Q.M.

(Omissis)

*** *Nota a sentenza*

sommario

1. La sentenza della C.G.U.E. nella causa Taricco e altri: il giudice italiano chiamato a una "condizionata" disapplicazione *contra reum*. – **1.1.** Note critiche a margine della sentenza Taricco. – **1.2.** *Flashback*: l'ordinanza cuneese di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 T.F.U.E. (eterogenesi dei fini). – **2.** Posizioni antinomiche: dalla precipitosa disapplicazione della III Sezione della Suprema Corte alla levata di scudi della Corte meneghina. – **3.** Prospettive di condotta per il giudice interno rispetto al *decisum* della sentenza Taricco. – **4.** Conclusioni: il sacrificio del principio di legalità sull'altare europeo.

1. La sentenza della C.G.U.E. nella causa Taricco e altri: il giudice italiano chiamato a una "condizionata" disapplicazione *contra reum*

La sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa Taricco e altri ha subito suscitato un enorme clamore per le dirompenti conseguenze che è suscettiva di riverberare nel sistema penale interno[1]. Lo studio rigoroso di tale pronuncia si impone, anche perché, forse, la condotta alla quale è chiamato il giudice interno non è così scontata come potrebbe sembrare. In tal senso, balza immediatamente all'occhio il singolare carattere "condizionato" della disapplicazione ordinata da Lussemburgo.

Chiarito subito l'approccio "non arrendevole" al quale ci si è ispirati, il lavoro si propone di scandagliare due versanti. Da un lato, saggiare la fondatezza del *decisum* della Corte di giustizia, attraverso un'analisi critica del suo *iter* motivazionale, e verificarne la "sostenibilità" interna all'ordinamento italiano: sotto tale profilo non può non prendersi atto dell'incidente di costituzionalità prontamente sollevato dalla Corte di appello di Milano per inibire la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. Dall'altro, perimetrare l'esatto ambito operativo di tale pronuncia e individuare le *guide lines* cui il giudice italiano possa ispirarsi: in tale prospettiva di indagine, si impone all'attenzione la sentenza Pennacchini della III Sezione penale della Corte di cassazione, in cui si è consacrata la prima ossequiante attuazione della sentenza Taricco.

Il primo *step*, dunque, è quello di operare un sintetico *excursus* sul contenuto della sentenza Taricco; per non risparmiare, poco dopo, un breve sguardo retrospettivo al provvedimento che l'ha propiziata.

Il giudice di Lussemburgo era stato adito dal G.U.P. del Tribunale di Cuneo con una domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E.[2], volta ad acclarare la compatibilità con il diritto dell'Unione della disciplina interna del termine massimo di prescrizione in presenza di atti interruttivi: la norma censurata veniva additata, dal giudice italiano, nell'art. 160 ultimo comma c.p., come modificato dalla l. n. 251 del 2005 (c.d. *ex*-Cirielli). In particolare, secondo il giudice del rinvio, il divieto di prorogare il termine prescrizionale oltre un quarto della sua durata iniziale (a sua volta calibrata sul massimo edittale previsto dalla fattispecie incriminatrice) offrirebbe allo sviluppo del procedimento penale avente ad oggetto reati fiscali un orizzonte di vita incongruo rispetto alla "fisiologica" lunghezza e complessità delle indagini.

Il procedimento penale nel cui ambito si innesta l'incidente europeo aveva ad oggetto numerose imputazioni, elevate a carico di sette persone, di associazione per delinquere (art. 416 c.p.) finalizzata alla commissione di plurime fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74) e di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. 74 del 2000). Si tratta, in sostanza, delle evasioni fiscali convenzionalmente denominate "frodi carosello", realizzate mediante l'utilizzo di società c.d. cartiere[3]. Il procedimento si trovava in fase di udienza preliminare.

L'ordinanza di rinvio era imperniata su quattro questioni pregiudiziali. La norma messa all'indice, garantendo l'impunità di fatto (con il salvacondotto della prescrizione) per le imprese che violano le norme penali tributarie, finirebbe per vulnerare i seguenti parametri europei: 1) la tutela della concorrenza (art. 101 T.F.U.E.); 2) il divieto di introdurre forme di aiuto statali (art. 107 T.F.U.E.); 3) il divieto di imple-

[1] Per i primi commenti della pronuncia, si vedano Amalfitano C., *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, su *http://www.sidi-isil.org*; Civello G., *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 3; Eusebi L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 10 dicembre 2015; Venegoni A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 29 ottobre 2015; Viganò F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 14 settembre 2015.

[2] L'acronimo è quello usualmente impiegato per indicare il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Nel testo ci si riferisce alla versione consolidata risultante a seguito delle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ratificato dall'Italia con l. 2 agosto 2008 n. 130.

[3] Il meccanismo della "frode carosello" è il seguente: una ditta "x" (detta *missing trader* od operatore "interposto") sedente in uno Stato membro effettua importazioni da un fornitore "y" (detta *conduit company* o società del condotto) collocato in altro Stato membro, beneficiando dell'ipotesi di esenzione I.V.A. riconosciuta dall'art. 138 par. 1 direttiva 2006/112/CE per i c.d. acquisti intracomunitari; la ditta "x", in seconda battuta, vende la merce importata ad altro operatore commerciale "z"(detto *broker* o interponente), esponendo l'I.V.A. nella fattura emessa per la cessione (trattandosi di operazione interna soggetta all'ordinario regime fiscale); sennonché, la ditta "x" è predestinata ad omettere la dichiarazione annuale I.V.A. (o, comunque, a non effettuare i versamenti di imposta corrispondenti al dichiarato); tale omissione/evasione consente alla ditta "z" di acquistare la merce ad un prezzo inferiore a quello praticato sul mercato interno, avvantaggiandosi dello scomputo dell'I.V.A. (esposta in fattura, ma di fatto non pagata); inoltre, la ditta "z" riporta in contabilità le fatture emesse dalla società "x" e detrae indebitamente l'I.V.A. in esse esposta, presentando così una dichiarazione annuale I.V.A. fraudolenta. In altri termini, il soggetto che realmente effettua l'operazione commerciale è la ditta "z" (la quale rimette alla società "x" anche la provvista economica necessaria per l'importazione), mentre la società "x" è un ente interposto meramente fittizio, in quanto privo di autonoma vitalità commerciale, denominato, con una felice espressione evocativa, "cartiera", essendo destinato esclusivamente ad emettere fatture (ossia carta); di qui la qualificazione della relativa transazione commerciale come "soggettivamente inesistente", secondo la definizione offerta dall'art. 1 lett. a) d.lgs. 74 del 2000. Per un approfondimento dei meccanismi di c.d. frode carosello si veda Caraccioli I., *Le frodi "carosello" in materia di I.V.A.*, su *http://www.consiglionazionaleforense.it.*

mentare le ipotesi di esenzione dall'imposta I.V.A. tassativamente catalogate (art. 158 direttiva 2006/112/CE); 4) la violazione del principio di finanze sane (art. 119 T.F.U.E.).

La struttura della sentenza, come di consueto, è piuttosto schematica. La Corte di giustizia opera una preliminare ricognizione panoramica del contesto normativo di riferimento, analizzando le norme del diritto dell'Unione (par. 3-10) e quelle del diritto italiano (par. 11-17) che vengono in rilievo ai fini della decisione; esamina, quindi, i fatti della controversia principale che ha occasionato la domanda pregiudiziale del giudice *a quo* (par. 18-27). Delineato il quadro del suo intervento, il giudice europeo, dopo aver agilmente dribblato lo scoglio della ricevibilità delle questioni proposte (par. 28-33)[4], affronta *ex abrupto* la "terza questione" agitata dal giudice cuneese (par. 34-58). La ragione che giustifica la trattazione "disordinata" delle prospettazioni formulate dal giudice remittente è svelata poco dopo (par. 59-65): le questioni prima, seconda e quarta vengono cestinate, ritenendo, la Corte, che il regime della prescrizione dei reati tributari in materia di I.V.A. non possa essere valutato alla luce degli artt. 101, 107 e 109 T.F.U.E. indicati dal G.U.P. del Tribunale di Cuneo.

Ma anche in merito alla "terza questione", il giudice di Lussemburgo finisce per frustrare l'impostazione confezionata dal giudice *a quo*. In effetti la Corte, sul presupposto implicito che anche tale questione individuasse un errato parametro di riferimento, opera un'interpretazione dell'*arrière-pensée* del giudice cuneese, ritenendo che egli avesse, "in sostanza", voluto prospettare che le disposizioni censurate (art. 160 c.p.) si risolvessero "in un ostacolo all'efficace lotta contro la frode in materia di I.V.A. nello Stato membro interessato, in modo incompatibile con la direttiva 2006/112 nonché, più in generale, con il diritto dell'Unione" (par. 35).

Sulla scorta di tale (ri)lettura dell'ordinanza di rinvio, la Corte di Giustizia cala *ex machina* le norme del diritto dell'Unione che procede ad interpretare a beneficio del giudice del rinvio. Le norme compromesse dalla disciplina interna sul computo della prescrizione in caso di atti interruttivi vengono individuate in quelle sancite, rispettivamente, dai par. 1 e 2 dell'art. 325 T.F.U.E.: l'obbligo gravante sugli Stati membri di combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione con "misure dissuasive ed efficaci" (par. 1); l'obbligo gravante sugli Stati membri di combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione con le "stesse misure" adottate per arginare quelle lesive dei propri interessi finanziari (par. 2)[5].

In ordine al primo profilo la Corte ricorda anzitutto che, ai sensi dell'art. 2 par. 1 lett. b) della decisione del Consiglio dell'Unione europea 2007/436/CE del 7 giugno 2007 (relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee), costituiscono risorse proprie iscritte al bilancio dell'Unione europea le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili I.V.A. armonizzati determinati secondo regole dell'Unione. Tradotto in soldoni, parte degli introiti derivanti dalla riscossione dell'imposta interna sul valore aggiunto finisce per rimpinguare le casse dell'organismo europeo. Dunque, la frode fiscale commessa all'interno di uno Stato membro si risolve, in via mediata, in un pregiudizio economico in danno dell'Unione, comportando, ai sensi dell'art. 325 par. 1 T.F.U.E., obblighi di intervento repressivo da parte degli Stati membri.

D'altra parte, l'art. 1 par. 1 lett. b) Convenzione P.I.F.[6] offre una dettagliata definizione del concetto di frode: essa è integrata da qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio dell'Unione o dei bilanci gestiti dall'Unione o per conto di essa. Inoltre l'art. 2 par. 1 della Convenzione P.I.F. sancisce uno specifico obbligo di criminalizzazione di tali condotte fraudolente mediante "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive", precisando che, nei casi di "frode grave", esse comprendano "pene privative della libertà"[7].

La conclusione cui giunge la Corte è che, qualora le disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione generassero, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale per fatti integranti condotte di frode fiscale grave, consentendo la maturazione del termine prescrizionale e la conseguente estinzione del reato, si dovrebbe prendere atto che le misure di contrasto allestite dal diritto interno non sono effettive e

[4] Profilo critico della sentenza, su cui si ritornerà infra, *sub* par. 1.2.

[5] Trattandosi delle disposizioni chiave, sembra opportuno riportare il testo integrale dell'art. 325 T.F.U.E.: "L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione (par. 1). Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode che lede i loro interessi finanziari (par. 2)".

[6] Convenzione elaborata in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, firmata a Lussemburgo il 26 luglio 1995.

[7] Per inciso, l'art. 2 par. 1 ultimo periodo della Convenzione P.I.F. contiene anche una definizione di "frode grave", puntualmente richiamata nella sentenza Taricco al par. 6. Secondo tale disposizione deve essere considerata tale qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a 50.000 euro. Ebbene, tale passaggio deve essere sfuggito alla III Sezione della Suprema Corte, la quale, con la sentenza Pennacchini (su cui si veda *infra*, n. 2), denuncia la mancata indicazione da parte della Corte di giustizia di un parametro cui ancorare il giudizio di gravità della frode, lacuna da colmare, dunque, secondo il giudice di legittimità, in via interpretativa ad opera del giudice interno.

dissuasive, risultando così violato l'obbligo di risultato prescritto dall'art. 325 par. 1 T.F.U.E.

Sotto il secondo profilo – afferente il divieto di allestire misure di contrasto discriminatorie per tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli nazionali – verrebbe in rilievo la disciplina derogatoria dell'ordinario regime prescrizionale stabilita dall'ordinamento italiano per alcuni reati di particolare allarme sociale, prevista dall'art. 160 secondo comma c.p. In effetti, tale disposizione introduce una clausola di salvezza che oblitera il divieto di prolungare, in caso di atti interruttivi, il termine prescrizionale oltre determinate soglie massime: in tal caso, dunque, ad ogni interruzione il termine decorre *ex novo* senza alcun limite. Tale regime derogatorio si applica ai reati riservati alla competenza della Procura distrettuale ai sensi dell'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. Il paniere di tali delitti, come noto, è costituito dalle fattispecie associative c.d. qualificate, dall'associazione per delinquere finalizzata alla perpetrazione di determinati delitti, dai reati di mafia, dal sequestro di persona a scopo di estorsione, dal reato di gestione abusiva di ingenti quantità di rifiuti (comma 3-*bis*) e dai delitti con finalità di terrorismo (comma 3-*quater*). All'interno della prima categoria enunciata si annovera pure il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di t.l.e. (art. 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43). Ebbene, la Corte recepisce la segnalazione fatta in udienza dalla Commissione europea, la quale aveva fatto notare come, a differenza di quanto previsto per i reati tributari, il diritto italiano non prevedesse alcun termine assoluto di prescrizione per "il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco" (par. 48); la Commissione aveva così denunciato una diversificata (e più incisiva) tutela riservata dallo Stato italiano ai propri interessi finanziari e, quindi, una violazione dell'obbligo sancito dall'art. 325 par. 2 T.F.U.E.

Prima di addivenire alle conclusioni, la Corte di giustizia si pone, *en passant*, il problema delle ricadute, in punto di tutela dei diritti fondamentali degli interessati, derivanti dalla disapplicazione delle norme italiane in tema di prescrizione. Pur richiamando i principi di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene, sanciti a livello comunitario dall'art. 49 C.D.F.U.E., liquida la questione (sollevata dagli interessati costituitisi in giudizio) in poche battute (par. 53-56): la disapplicazione delle disposizioni nazionali in materia di prescrizione avrebbe solo l'effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente e dunque "non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'art. 49 della Carta", in quanto sfuggirebbe all'ambito operativo dei precetti ivi compendiati.

Il giudice di Lussemburgo conclude nel senso che una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto di cui agli artt. 160 ultimo comma e 161 c.p., a mente della quale il termine prescrizionale in caso di atti interruttivi è prolungato "di solo un quarto della sua durata iniziale", è "idonea a pregiudicare" gli obblighi gravanti sugli Stati membri ai sensi dell'art. 325 par. 1 e 2 T.F.U.E. qualora tale normativa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave lesiva degli interessi finanziari dell'Unione ovvero preveda, per i casi di frode lesiva degli interessi finanziari nazionali, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode lesiva degli interessi finanziari eurounitari. La Corte di giustizia precisa, però, che la verifica di tali circostanze è rimessa al giudice italiano, il quale è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325 T.F.U.E. disapplicando, "all'occorrenza", le disposizioni nazionali confliggenti con il diritto dell'Unione. Si delinea, dunque, un singolare obbligo di disapplicazione "condizionato".

1.1. Note critiche a margine della sentenza Taricco

Se questa è la trama della sentenza Taricco, un lettore (*id est*, un giudice interno) che non si volesse limitare ad supino recepimento di tale *dictum*, difficilmente potrebbe sfuggire ad alcune riflessioni critiche.

In effetti, al di là della sorprendente disinvoltura con cui la Corte di giustizia manipola il *petitum* del giudizio introdotto dal giudice cuneese[8], colpisce il carattere atomistico dell'analisi condotta sulle disposizioni sospettate di incompatibilità con il diritto dell'Unione. Il giudice di Lussemburgo si concentra in modo esclusivo sul combinato disposto di cui agli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p., scotomizzando le altre disposizioni che devono essere prese in considerazione per una valutazione complessiva della modulazione cronologica del meccanismo prescrizionale. Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni che regolano il congelamento del corso della prescrizione in presenza di fattispecie sospensive (art. 159 c.p.).

Non viene poi scandagliata l'incidenza della recidiva sulla prescrizione. Come noto, ai sensi dell'art. 160 secondo comma c.p., il limite all'aumento del termine prescrizionale in presenza di atti interruttivi lievita alla metà di quello originario per i recidivi qualificati *ex* art. 99 secondo comma c.p., a due terzi per i recidivi reiterati *ex* art. 99 quarto comma c.p., al doppio per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza *ex* artt. 102, 103, 105 c.p. Così, ad esempio, per i recidivi reiterati, il termine di prescrizione per i reati tributari in questione (artt. 2 e 8 d.lgs. 74 del 2000) è di dieci anni; soglia temporale che difficilmente potrebbe giudicarsi inadeguata rispetto al fabbisogno di tempo che caratterizzerebbe le investigazioni fiscali e la successiva istruzione dibattimentale.

[8] In ordine a tale profilo, si veda *infra* il paragrafo n 1.2.

La Corte di giustizia, peraltro, non si preoccupa affatto di riflettere sulla congruità del termine di sette anni e mezzo per definire un procedimento penale in materia tributaria[9], ratificando apoditticamente le valutazioni espresse dal giudice del rinvio, forse obliando che il principio della ragionevole durata del processo ha anche matrice eurounitaria (art. 47 C.D.F.U.E.[10]). In altre parole, rimuovendo il paletto del termine massimo si decreta, come ha subito osservato qualcuno, la imprescrittibilità di fatto[11] dei reati tributari in materia di I.V.A., che non trova ragionevole radice in un sostrato di particolare gravità della condotta incriminata.

Paradossale, poi, che alcun giudizio critico venga espresso sulle previsioni sanzionatorie per i reati tributari, sulle quali sono calibrati (secondo la regola generale di cui all'art. 157 primo comma c.p.) i termini prescrizionali, e che, tutto sommato, sono piuttosto blande[12]. Rispetto a tale profilo non può certo dirsi che non vi sia coerenza tra gravità della sanzione e tempo della prescrizione.

Ma la carenza ricognitiva più grave si annida altrove. La Corte di giustizia non prende in considerazione che la disciplina della prescrizione in materia tributaria ha subito una significativa riforma nel 2011, con innalzamento di 1/3 dei termini di prescrizione, ai sensi del novello art. 17 co. 1-*bis* d.lgs. 74 del 2000[13]; ne consegue, poi, algebricamente, un aumento corrispondente anche del termine massimo computato ai sensi degli artt. 160, 161 c.p. Per esemplificare: per i reati *ex* artt. 2 e 8 d.lgs. 74 del 2000 commessi dopo l'entrata in vigore della riforma del 2011, il termine ordinario di prescrizione è di otto anni; in caso di atti interruttivi, il termine finale è di dieci anni e otto mesi.

E ancora. La miope prospettiva di analisi adottata dal Giudice di Lussemburgo ignora il profilo attinente la risposta sanzionatoria complessiva allestita dall'ordinamento italiano. L'arsenale punitivo prevede non solo la pena detentiva, ma anche la confisca diretta o per equivalente del profitto e del prezzo del reato, ai sensi dell'art. 1 co. 143 l. 24 dicembre 2007 n. 244, che richiama espressamente l'art. 322-*ter* c.p. Ebbene, al fine di una valutazione in termini di efficacia e deterrenza della risposta sanzionatoria, non può ignorarsi il recente arresto della Corte di cassazione a sezioni unite, le quali hanno affermato la possibilità per il giudice, nel dichiarare la prescrizione del reato, di applicare la confisca del prezzo del reato, ai sensi dell'art. 240, secondo comma, n. 1, c.p., e la confisca del prezzo o del profitto del reato, ai sensi dell'art. 322-*ter* c.p., sempre che si tratti di confisca diretta e che vi sia stata una precedente pronunzia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato (Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci). Principio da leggere unitamente all'altro affermato contestualmente dalle Sezioni unite, secondo cui "qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto di confisca e il reato" (Cass., sez. un., 26 giugno 2015, cit.). Dunque, nel caso di prescrizione maturata successivamente alla pronunzia di condanna emessa dal giudice di prime cure, la statuizione ablatoria, sussistendone i presupposti delineati dalla Suprema Corte, resta vitale. In altre parole, per offrire una risposta sanzionatoria penale al reato tributario potrebbe essere sufficiente giungere tempestivamente alla sentenza di condanna di primo grado.

Anche sul profilo della presunta tutela "privilegiata" riservata dallo Stato italiano alla tutela penale dei propri interessi finanziari rispetto a quelli eurounitari, fioccano i rilievi critici. Il *tertium comparationis* è rappresentato dalla disciplina allestita dall'ordinamento italiano per punire l'associazione finalizzata al traffico di t.l.e. ai sensi dell'art. 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43. Come osserva la Corte di giustizia, questa fattispecie è attratta nello speciale regime prescrizionale previsto dagli artt. 160, terzo comma, ultimo periodo, e 161, secondo comma, c.p., che neutralizza il limite massimo all'aumento in caso di atti interruttivi, con la decorrenza *ex novo* e *ad infinitum* del termine di prescrizione. Il punto è che l'art. 325 par. 2 T.F.U.E., nella parte in cui compendia il principio della tutela equivalente, non impone l'adozione delle medesime misure *stricto sensu*, bensì si limita a pretendere una risposta repressiva omologa: ad esempio, lo stato membro non può assoggettare a sanzione penale le condotte lesive dei propri interessi finanziari e, invece, a sanzione amministrativa quelle che aggrediscono gli interessi finanziari dell'Unione.

[9] Per non parlare del lasso temporale di otto anni e nove mesi nel caso in cui vengano in rilievo fattispecie associative.

[10] La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) è stata proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 ed è giuridicamente vincolante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) ai sensi dell'art. 6 T.U.E.

[11] L'espressione è di Amalfitano C., *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit. in nota 1.

[12] La Corte di giustizia è costretta a prendere atto che né il giudice del rinvio né i soggetti interessati costituitisi in giudizio avevano formulato dubbi sul carattere dissuasivo, *ex se*, delle sanzioni penali previste dall'ordinamento italiano per punire le frodi fiscali. D'altra parte, il diritto dell'Unione si limita a imporre, per le frodi gravi, la previsione di pene detentive, senza quantificare il minimo della sanzione.

[13] Introdotto dall'art. 2, comma 36-*vicies semel*, lett. l), d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011 n. 148.

Ma non è tutto. La norma di cui all'art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973 incrimina una fattispecie associativa. *Ergo*, i beni giuridici tutelati dalla norma sono plurimi: non solo interessi di natura finanziaria, ma anche quello dell'ordine pubblico; inoltre, l'associazione finalizzata al contrabbando contrasta un fenomeno di particolare allarme sociale, specie in alcune forme di manifestazione (si pensi all'aggravante dell'associazione armata di cui all'art. 291-*quater* co. 4 d.P.R. n. 43 del 1973). Sono queste le connotazioni che ne giustificano (nella prospettiva di politica criminale seguita dalla legge *ex*-Cirielli) la sottoposizione ad un particolare regime prescrizionale. D'altra parte, il legislatore, valutando le specificità del fenomeno criminale, ha ritenuto di attribuire una qualificazione specializzante alla consorteria dedita al contrabbando di t.l.e. (art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973, che richiama espressamente l'art. 291-*bis* dello stesso T.U.), operando una scelta diversa per le associazioni finalizzate ad altre forme di contrabbando (criminalizzate, queste ultime, dall'art. 292 d.P.R. n. 43 del 1973) e quelle votate alla evasione fiscale, la cui incriminazione resta affidata alla norma generale di cui all'art. 416 c.p.[14].

Inoltre, la gravità dei reati è significativamente eterogenea: per l'associazione finalizzata al contrabbando la pena massima è superiore di un anno a quella comminata per l'associazione a delinquere non qualificata, sia per i partecipi che per le figure apicali; per non parlare della sanzione prevista per l'associazione contrabbandiera nella veste "armata" (in questo caso le pene vanno da cinque a quindici anni per i vertici, da quattro a dieci per i gregari).

In ogni caso si tratta di interessi finanziari differenti: è superfluo (e, comunque, l'economia del presente lavoro non consente l'approfondimento del tema) tratteggiare la differenza siderale tra I.V.A. e balzelli doganali[15]. Bizzarro che nessuno l'abbia colta: anche al *quivis de populo* non sfugge come l'I.V.A sia sorretta da ragioni di politica fiscale del tutto eterogenee rispetto ai diritti di confine[16].

D'altra parte, adottando un'interpretazione integralista dell'espressione "stesse misure" di cui all'art. 325 par. 2 T.F.U.E. si dovrebbe ritenere che anche una previsione sanzionatoria lievemente differenziata tra le fattispecie comparate (ad esempio nel minimo o nel massimo edittale) integri una violazione del precetto europeo. Tale lettura "integralista", tuttavia, si appalesa paradossale e tradirebbe lo spirito della disposizione: la *ratio* è quella di evitare sensibili scollamenti nella risposta sanzionatoria, non una ferrea (quanto irragionevole) omologazione.

In definitiva, la disciplina penale doganale costituisce un termine di raffronto errato, per non dire ingannevole (o, meglio ancora, "fraudolento", per restare in argomento …).

Infine, con riferimento alla tenuta "garantista" della prospettata disapplicazione, la Corte di giustizia, esclusa la riconducibilità delle norme in materia di prescrizione al terreno di tutela perimetrato dall'art. 49 C.D.F.U.E., richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 7 C.E.D.U., secondo cui la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti da tale disposizione, dato che essa "non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti". Sennonché, la Corte non sembra accorgersi che tale richiamo si risolve in un *boomerang*: dall'inciso finale della citazione si desume che per la Corte europea il prolungamento del termine prescrizionale ad opera del legislatore non può operare rispetto ai fatti per i quali sia già spirato il termine previsto dalla previgente disciplina. Ebbene, nel procedimento dal quale scaturisce il rinvio pregiudiziale, il giudice dà atto che per un solo imputato (che risponde di un unico capo di imputazione) il termine è già maturato da tempo all'atto della pronunzia dell'ordinanza; per tutti gli altri la prescrizione interverrà solo dopo alcuni anni. In definitiva, volendo prestare ossequio all'art. 7 C.E.D.U., come interpretato dalla Corte di Strasburgo, il G.U.P. di Cuneo, da un lato, sarà comunque costretto a pronunciare sentenza di non luogo a procedere nei confronti di quell'imputato per intervenuta prescrizione, dall'altro non potrà disapplicare le "odiose" norme da lui censurate, perché i presupposti cronologici risulteranno integrati solo in fasi successive a quella di sua competenza. Motivo in più per dubitare, a monte, della ricevibilità della questione sollevata.

1.2. Flashback: l'ordinanza cuneese di rinvio pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E. (eterogenesi dei fini)

Per comprendere appieno le perplessità suscitate dalla sentenza Taricco non è un fuor d'opera procedere ad una retrospettiva e analizzare succintamente il provvedimento che ha propiziato quella pronuncia, innescando il meccanismo allestito dall'art. 267

[14] A tutto voler concedere, dunque, la comparazione si sarebbe dovuta effettuare tra l'associazione finalizzata all'evasione fiscale e quella dedita al contrabbando "generico", la quale ultima, però, è sottoposta al regime ordinario di prescrizione.

[15] La giurisprudenza di legittimità, rinnovando rispetto al precedente orientamento, è ormai univoca nell'escludere la natura di diritto di confine dell'I.V.A. all'importazione, distinguendo nettamente tra le due figure (cfr. Cass., III sez., 17 gennaio 2013, n. 2353; Cass., III sez., 9 gennaio 2013, n. 1172; Cass., III sez., 12 luglio 2012, n. 34256). E proprio sulla scorta di tale premessa concettuale, la Corte di cassazione riesce a tratteggiare la differenza tra le fattispecie criminose previste, rispettivamente, dall'art. 292 d.P.R. n. 43 del 1973 (T.U.L.D.) e dall'art. 70 d.P.R. n. 633 del 1972 n. 633 (T.U.I.V.A.), che rinvia alla prima disposizione solo *quoad poenam*.

[16] cfr. Cass., III sez., 12 luglio 2012, n. 34256.

T.F.U.E. Si tratta, come noto, dell'ordinanza pronunciata dal G.U.P. di Cuneo il 17 gennaio 2014[17].

A prescindere dal singolare stile discorsivo che l'estensore ha prescelto per la sua prosa, ci sono alcuni profili che non possono sottrarsi ad annotazioni di carattere critico.

In primo luogo sorprende che il G.U.P. di Cuneo, nonostante il procedimento sia giunto sulla sua scrivania dopo oltre cinque anni dall'inizio delle attività investigative, ritenga che alcun rilievo possa muoversi alla tempestività delle indagini (par. 5 ordinanza). Egli si compiace, poi, di essersi sbarazzato di una lunga serie di eccezioni sollevate dai difensori[18], animati dal bieco *target* di giungere alla prescrizione dei reati, dimenticando, forse, che le invalidità sono il frutto della violazione della legalità processuale (o, sotto altra lente, di errori commessi dai soggetti del procedimento). D'altra parte, il procedimento contro Taricco e altri aveva già sofferto una regressione alla fase delle indagini preliminari in occasione di una precedente udienza preliminare, a causa dell'accoglimento di "eccezioni procedurali" (par. 2); sembra lecito desumere, dunque, che i lunghi tempi di gestazione di quel procedimento siano dipesi anche da "errori umani", sulla cui responsabilità, forse, sarebbe stato opportuno spendere una parola. E invece il G.U.P. di Cuneo su questo profilo glissa; anzi, ci tiene, più avanti, ad assolvere la categoria, sventolando i dati relativi alla capacità di definizione annua di procedimenti penali dei giudici italiani (par. 5).

Sorprende, ancora, che il G.U.P. di Cuneo, scrivendo a gennaio 2014, valuti il margine temporale di circa quattro anni un orizzonte di vita processuale del tutto inadeguato alla definizione di un procedimento penale giunto in udienza preliminare. Peraltro, la sua prognosi infausta fonda su elementi a dir poco arbitrari: che il giudice di primo grado sarà costretto a impiegare non meno di novanta giorni per scrivere la motivazione; che la sentenza di primo grado verrà appellata (da tutti gli imputati) e, poi, quella di secondo grado ricorsa in cassazione (par. 5).

Sconcerta, poi, una manifesta insofferenza per il cardine del processo penale italiano. Questo, almeno, è l'*animus* che traspare dalla lettura dei punti in cui sembra dolersi del fatto che tutti i testimoni, "pur essendo già stati interrogati dal pubblico ministero, debbono essere interrogati nuovamente nel contraddittorio delle parti davanti al giudice" (*ibidem*). Altrove si parla anche di una "procedura inutilmente complicata" (par. 19).

E ancora. Colpisce l'impegno profuso dal giudice del rinvio nell'elaborare una poderosa rassegna della diversa disciplina prevista negli Stati membri dell'Unione in materia di prescrizione con finalità comparatistiche (par. 7-12, pag. 17-21); così come colpiscono le conoscenze linguistiche che hanno reso possibile l'impegnativo lavoro di ricerca. Sennonché, proprio dal punto di vista comparatistico, un'indagine condotta in tal guisa presenta scarsa valenza scientifica, esaurendosi in una mera panoramica delle singole norme di riferimento, che andrebbero, invece, lette alla luce dello specifico contesto ordinamentale nel quale si innestano.

Ma i veri punti dolenti si annidano altrove. In primo luogo è difficile negare il carattere ipotetico e aleatorio della domanda prospettata dal G.U.P. di Cuneo. In effetti il giudice del rinvio si preoccupa di scongiurare una sentenza di proscioglimento per prescrizione che, se del caso, sarà costretto a pronunciare un altro giudice, nel lontano 8 febbraio 2018. Nell'ordinanza di rimessione viene poi immaginato lo sviluppo del procedimento secondo un fantasioso cronoprogramma: come si diceva poc'anzi, il G.U.P. di Cuneo preconizza anche il tempo che il giudice del dibattimento impiegherà a stendere la motivazione della sentenza (!!!).

In definitiva si tratta di una questione a futura memoria, potenzialmente rilevante in successive fasi del procedimento *a quo*. In realtà, l'incidenza immediata riguarderebbe la posizione di un solo imputato (A. G.), per un unico capo di imputazione (capo D). Tuttavia, rispetto ad essa il G.U.P. di Cuneo, una volta ricevuti gli atti da Lussemburgo, non potrà certo affermare che le disposizioni censurate comportino l'impunità in un numero considerevole di casi[19], dovendo reperire *aliunde* elementi di valutazione in tal senso. Per non parlare della circostanza che si tratterebbe di disapplicare *contra reum* gli artt. 160 terzo comma e 161 secondo comma c.p. rispetto ad una prescrizione già maturata prima della ordinanza di rinvio (11 maggio 2013).

Seconda questione. Come si diceva prima, le carte in tavola a Lussemburgo sono repentinamente cambiate; o, per dirla, con espressione più elegante, il *thema decidendum* è stato immutato *ex officio*. I parametri europei invocati dal Tribunale di Cuneo, rispetto ai quali la normativa italiana sulla prescrizione sarebbe idonea a porsi in conflitto, divengono *ex abrupto* i par. 1 e 2 dell'art. 325 T.F.U.E.

Tale operazione non è priva di significato. In effetti, lascia sgomenti la disinvoltura con cui la Corte di Giustizia ha emendato l'errata prospettiva ermeneutica del giudice del rinvio; specie ove si operi un raffronto con i parametri di giudizio che informano l'incidente di costituzionalità di matrice italiana. È noto che, in tale giudizio, i parametri individuati dal giudice remittente

[17] Il provvedimento è disponibile su *http://www.penalecontemporaneo.it.*

[18] Più avanti definite come "la mitraglia delle eccezioni meramente dilatorie" (par. 19 ordinanza).

[19] Sulla falsariga del ragionamento svolto dalla Corte di appello di Milano – nell'ordinanza con cui ha sollevato i controlimiti – per giustificare la rilevanza della questione, come si vedrà *infra sub* n. 3.

sono vincolanti per la Consulta, la quale spesso è costretta a dichiarare inammissibili le questioni proposte a causa della errata individuazione dei principi costituzionali invocati dal giudice *a quo*. Evidentemente il rigore che ispira il Giudice di Lussemburgo non è il medesimo.

Nonostante la eterogeneità dei due giudizi, il metro adottato desta egualmente serie perplessità ove si ponga mente alla natura della competenza riconosciuta alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E.: in via pregiudiziale, essa è competente a pronunciarsi: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. *Ergo*, l'oggetto del giudizio eurounitario verte proprio sull'esegesi delle norme del diritto dell'Unione, non sulle norme interne degli Stati membri. Com'è possibile, allora, che la selezione operata dal giudice del rinvio delle norme oggetto della domanda pregiudiziale sia irrilevante per la Corte di giustizia?

La denunciata distonia tra domanda pregiudiziale e risposta offerta dalla Corte di giustizia svela, in realtà, una chiara eterogenesi dei fini: il G.U.P. di Cuneo mirava, senza veli, ad affossare la disciplina della prescrizione del reato come risultante dalla riforma avvenuta con la l. n. 251 del 2005; la Corte di Lussemburgo è interessata solo a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea. L'intento del giudice del rinvio si pone, di fatto, in una prospettiva di manipolazione giudiziaria dell'ordinamento giuridico italiano. L'obiettivo preso di mira è inesorabilmente tradito dal richiamo alla relazione svolta dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, con cui si auspicava una riforma della disciplina della prescrizione. Deve essere però sfuggita la differenza (abissale) tra una mera proposta *de lege ferenda* e lo strumentale utilizzo del meccanismo del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo per ottenere una modifica normativa calata dall'alto.

2. Posizioni antinomiche: dalla precipitosa disapplicazione della III Sezione alla levata di scudi della Corte meneghina

È senza dubbio sintomatico della delicatezza del tema, che su di esso si sia subito registrato un contrasto "verticale", emergente da due provvedimenti che contengono prese di posizione agli antipodi. In effetti, una manciata di giorni dopo la pronuncia della sentenza Taricco, la Corte di cassazione diffondeva un comunicato con cui si dava atto che la III Sezione penale aveva offerto risposta affermativa al quesito se, in un procedimento riguardante il reato di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000 finalizzato all'evasione I.V.A., la normativa sull'interruzione della prescrizione *ex* artt. 160 ultimo comma e 161 c.p., comportando il prolungamento del termine prescrizionale di solo un quarto della sua durata iniziale, fosse suscettiva di pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325 par. 1 e 2 T.F.U.E., a causa della previsione di termini assoluti di prescrizione che possono determinare l'impunità del reato, con conseguente potenziale lesione degli interessi finanziari dell'U.E. La Corte aveva di conseguenza sancito l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le predette disposizioni di diritto interno[20]. Si tratta della prima applicazione della sentenza Taricco.

Dopo una gestazione quadrimestrale, la sentenza Pennacchini, negli ultimi giorni, ha visto finalmente la luce[21]. Nella struttura della sentenza sono individuabili alcuni *steps* argomentativi che meritano di essere vagliati.

La Corte prende le mosse dalla sentenza pronunciata dalla Grande Camera della Corte di Lussemburgo nel c.d. caso Taricco, che ripercorre nei tratti salienti (punti 8-12, pag. 7-12)[22]. Le conseguenze della pronuncia per l'ordinamento italiano sarebbero ineluttabili, in quanto dettate dal principio del primato del diritto dell'Unione rispetto a quello nazionale (ivi compreso, rimarca, la Corte di cassazione, lo stesso diritto penale). Sul giudice penale italiano graverebbe, dunque, l'obbligo di disapplicare *in parte qua* il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. per scongiurare la prescrizione – e, quindi, la impunità – dei reati tributari che costituiscono gravi frodi in materia di I.V.A. Nella sentenza si richiama pure il profilo dell'asimmetria sanzionatoria riscontrata nell'ordinamento italiano, che riserva un trattamento repressivo più efficace alle frodi contro imposte meramente nazionali, atteso che per il reato di associazione finalizzata al contrabbando di t.l.e. non è previsto alcun tetto massimo alla decorrenza *ex novo* del termine di prescrizione in caso di atti interruttivi.

Si può così apprezzare un primo punto critico della sentenza Pennacchini, atteso che la Corte dimentica che il Giudice di Lussemburgo aveva condizionato la disapplicazione alla verifica, da parte del giudice comune, di alcune circostanze: 1) che le disposizioni in tema di interruzione della prescrizione rendano non effettive e non dissuasive le sanzioni penali in materia tributaria in un numero considerevole di frodi gravi aventi ad oggetto l'I.V.A.; 2) che la normativa italiana preveda termini prescrizionali più lunghi per difendersi dalle frodi lesive di interessi meramente nazionali.

[20] Si veda la "notizia di decisione penale" disponibile su *http://www.penalecontemporaneo.it*, 21 settembre 2015.

[21] Per un primo commento si veda Civello G., *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *Archivio penale*, 2016, n. 1.

[22] Interessante il punto in cui la Corte di cassazione richiama le conclusioni svolte dall'Avvocato generale nella causa Taricco, sulla scorta delle quali la Corte, pur ritenendo irrilevanti le disposizioni del diritto U.E. individuate dal giudice del rinvio, aveva potuto correggere il tiro, riformulando la questione pregiudiziale sollevata (punto 10 sentenza Pennacchini).

Ebbene, con riferimento ad entrambi i profili, la Corte di cassazione si sottrae al dovere di verifica riservatole dalla Corte di giustizia.

Il giudice di legittimità si concentra poi sugli effetti discendenti dalla decisione della Corte U.E., cercando di chiarirne l'ambito. L'obbligo di disapplicazione non si riferisce ai termini di prescrizione basici previsti dall'art. 157 c.p., che in quanto tali vengono giudicati compatibili con gli obblighi U.E., né alla disciplina generale degli atti interruttivi. Occorrerebbe disapplicare "soltanto l'ultima proposizione dell'ultimo comma, successiva al punto e virgola", dell'art. 160 c.p., che rinvia al termine massimo di prolungamento fissato dall'art. 161 secondo comma c.p. In altre parole, secondo la Corte, la disapplicazione comporterebbe che il termine ordinario di prescrizione ricominci a decorrere da capo dopo ogni atto interruttivo, anche al di fuori dei procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale (punto 13 sentenza). In tal modo, però, l'operazione chirurgica descritta dalla Suprema Corte, lungi dal concretizzarsi in una mera disapplicazione, integrerebbe l'applicazione di una norma diversa. In effetti, se non ci si lascia ingannare dalla formulazione linguistica della *disposizione* (art. 160 ultimo comma c.p.) – che consente agevolmente la resezione circoscritta di una sua porzione –, nella sostanza l'effetto che ne discende *in termini normativi* è quello di delineare anche per le gravi frodi in materia di I.V.A il regime speciale di prescrizione riservato a determinati reati di particolare allarme sociale.

Sempre con riguardo all'ambito della disapplicazione, la Corte schiude le porte alla operatività del *dictum* di Lussemburgo non solo ai procedimenti relativi alle frodi in materia di I.V.A., ma anche a quelli aventi ad oggetto qualsiasi reato tributario che comporti l'evasione in misura grave di tale imposta. Ma la questione non viene approfondita, in quanto irrilevante ai fini della decisione sul ricorso (punto 14 sentenza).

Sorprende, poi, un *lapsus* in cui è incorso il giudice di legittimità che, a proposito della gravità della frode (individuata quale altra condizione di operatività dell'obbligo di disapplicazione), "lamenta" come la Corte di giustizia non fornisca alcuna indicazione quantitativa circa la soglia minima di gravità della frode. In realtà, come già detto, la sentenza Taricco contiene, sul punto, un passaggio pregnante: nel par. 6 viene menzionato l'art. 2 par. 1 della Convenzione P.I.F., che, per la qualificazione in termini di gravità, rimanda alle determinazioni degli Stati membri, ma al tempo stesso fissa un importo minimo non superiore a 50.000 euro.

Ma il vero punto nevralgico della sentenza Pennacchini è quello in cui la Corte si affanna a giustificare la scelta di non promuovere un sindacato di costituzionalità (punti 17-22, pag. 14-19), affermando "la mancanza di controlimiti e di dubbi ragionevoli sulla compatibilità degli effetti della imposta disapplicazione con le norme costituzionali italiane". In poche parole, la disciplina della prescrizione non sarebbe coperta dal principio comunitario di legalità (art. 49 C.D.F.U.E.), nell'estensione riconosciutagli dalla giurisprudenza di Strasburgo formatasi sull'omologo convenzionale (art. 7 C.E.D.U.). La materia della prescrizione afferirebbe alle condizioni di procedibilità del reato e non sarebbe, dunque, coperta dalla garanzia del *nullum crimen* (punto 18). Il principio comunitario di legalità, "nella sua funzione di baluardo delle scelte d'azione dell'individuo", si riferisce esclusivamente alla fattispecie incriminatrice e alla corrispondente sanzione penale. La Corte, pur ostentando l'intento di non impelagarsi nel problema "dogmatico" della natura della prescrizione (punto 18-bis, pag. 15[23]), non resiste, però, alla tentazione di affermarne, *in cauda*, la natura processuale (23, pag. 21).

Tuttavia, lasciare la prescrizione fuori dalla "copertà" del principio comunitario-convenzionale di legalità non è risolutivo. La clausola di salvaguardia di cui all'art. 53 C.E.D.U. impone l'utilizzo ermeneutico della Convenzione e del suo diritto vivente esclusivamente "verso l'alto", al fine di assicurare un livello di tutela più elevato di quello nazionale. Di qui la necessità di verificare che la Costituzione italiana non offra una tutela della legalità più estesa, facendovi rifluire anche il regime della prescrizione.

Ebbene, la Corte di cassazione ritiene di superare anche questo profilo atteso che la norma da disapplicare, di cui al combinato disposto degli artt. 160 terzo comma, ultima parte, e 161 secondo comma c.p., non godrebbe della copertura offerta dall'art. 25, comma secondo, Cost. (punto 18-*bis*), che si riferirebbe esclusivamente alle norme penali incriminatrici sanzionatorie. A suffragio di tale prospettazione, il giudice di legittimità richiama un noto precedente della Corte costituzionale, la sentenza 19 luglio 2011 n. 236, con cui era stata dichiarata non fondata la questione di legittimità della disciplina transitoria della legge n. 251 del 2005 (c.d. *ex*-Cirielli) sollevata in relazione all'art. 117, primo comma, Cost., ove si legge che l'istituto della prescrizione non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 C.E.D.U. In ordine a tale citazione, la Suprema Corte è però costretta ad ammettere che, in quel caso, si trattava di giustificare i limiti posti, dalla censurata disposizione transitoria, alla retroattività di una norma *in bonam partem*. Questione ben diversa rispetto alla efficacia retroattiva *in malam partem* prodotta dalla disapplicazione prevista dalla sentenza Taricco. D'altra parte, la Corte di cassazione valorizza il menzionato precedente costituzionale sulla base di una mera deduzione, che si appalesa, piuttosto, una lettura arbitraria: con la sentenza n. 236 del 2011 il Giudice delle leggi, richiamando l'art. 7 C.E.D.U.,

[23] In realtà nella sentenza il numero 18 viene, per distrazione, attribuito due volte.

avrebbe deciso scientemente di non attivare il controlimite in quanto, laddove, in senso contrario, avesse ritenuto il precetto convenzionale in contrasto con l'art. 25 Cost., non lo avrebbe citato.

Eppure, nonostante la "blindatura" elaborata dalla sentenza Pennacchini, è strano che il giudice di legittimità avverta l'esigenza di compiere un'ardita retrodatazione dell'obbligo di disapplicare le norme censurate (artt. 160 terzo comma e 161 secondo comma c.p.), facendolo addirittura risalire all'antecedente storico-giuridico dell'art. 325 T.F.U.E., identificato nell'art. 280 Trattato C.E. Forse non è azzardato sospettare che l'esigenza di retrodatare gli effetti della sentenza Taricco tradisca la consapevolezza della censurabilità della soluzione proposta.

Il giorno seguente alla pronuncia della III Sezione della Suprema Corte, la Corte di appello di Milano intraprendeva un sentiero contrapposto: ritenendo che la disapplicazione delle disposizioni censurate dalla Corte di giustizia integri un *vulnus* al principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 2 agosto 2008 n. 130, con cui veniva ordinata l'esecuzione del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (T.F.U.E.), nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 per. 1 e 2 T.F.U.E. dalla quale – nell'interpretazione fornitane dalla Corte di Giustizia nella sentenza in data 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost.[24].

In particolare, la Corte meneghina, dopo aver rilevato la sussistenza delle condizioni dalle quali la Corte di giustizia fa discendere l'obbligo di disapplicazione delle norme di cui agli artt. 160 ult. co. e 161 secondo comma c.p., avverte subito di "non poter disapplicare", nel caso *sub iudice*, le predette norme interne, "in quanto dubita della compatibilità degli effetti di tale disapplicazione, implicanti l'applicazione di un diverso e più sfavorevole regime prescrizionale, con il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25 secondo comma Cost.", qualificato "principio fondamentale di ordine costituzionale" (punto 6 ordinanza, pag. 13). Il giudice remittente prende atto della conclusione cui perviene la Corte di giustizia, che nega *vulnus* al principio di legalità di cui agli artt. 49 C.D.F.U.E. e 7 C.E.D.U., ma non può fare a meno di notare come il precedente di Strasburgo citato nella sentenza Taricco a suffragio della tesi "negazionsita" si riferisse ad un caso in cui l'allungamento dei termini di prescrizione era stato varato quando i fatti addebitati non si erano ancora prescritti (Corte E.D.U., 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio).

Ma la ragione che induce la Corte meneghina a sollevare senza remore l'incidente di costituzionalità risiede altrove ed è *tranchant*. Il fulcro dell'argomentazione è imperniato sul presupposto che, secondo costante giurisprudenza costituzionale (di tenore divergente rispetto a quella europea), le disposizioni in materia di prescrizione sono di natura sostanziale e, in quanto tali, rientrano nel cono operativo del principio di legalità di cui all'art. 25 secondo comma Cost., compresi tutti i corollari ivi compendiati. D'altra parte il giudice remittente rammenta come sinora le questioni tendenti ad allungare, *in malam partem*, i termini di prescrizione siano state sinora liquidate come inammissibili, "proprio perché il loro eventuale accoglimento avrebbe comportato un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato e – dunque – un'ingerenza della Corte costituzionale in un dominio riservato esclusivamente al legislatore in forza, appunto, dell'art. 25 co. II Cost.". In argomento il giudice rimettente cita le categoriche affermazioni del Giudice delle leggi (Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394; id., ord. 11 luglio 2000, n. 317; id., ord. 14 luglio 1999, n. 337).

Dunque, la Corte costituzionale, "con orientamento assurto al rango di diritto vivente", reputa che "la riserva di legge contenuta nell'art. 25 Cost. le impedisca di incidere *in peius* non solo sulla fattispecie incriminatrice e sulla pena, ma anche sugli aspetti inerenti alla punibilità, tra cui espressamente include la prescrizione" (pag. 14 ordinanza). D'altra parte, anche la giurisprudenza di legittimità è granitica nell'affermare la natura sostanziale delle norme sulla prescrizione e il "conseguente loro assoggettamento al regime di cui all'art. 2 c.p." (*ex pluribus*, Cass., Sez. I, 22 maggio 2014, n. 32781, Abbinate).

In conclusione, l'obbligo di disapplicazione delle norme sostanziali censurate a Lussemburgo (scaturito dall'art. 325 T.F.U.E.), producendo effetti retroattivi *contra reum*, risulta confliggente con il principio di legalità in materia penale, "nella estensione attribuitagli dal diritto costituzionale italiano sulla base dell'art. 25 co. II Cost.".

3. Prospettive di condotta per il giudice interno rispetto al *decisum* della sentenza Taricco

A conclusione dell'articolato percorso argomentativo proposto con il presente lavoro, sembra doveroso tirare le fila del ragionamento, prospettando una linea di condotta alternativa ad una acritica disapplicazione

[24] Corte app. Milano, II sez. pen., (ord.) 18 settembre 2015, De B. e altri, su *http://www.penalecontemporaneo.it.* Per un primo commento al provvedimento si veda Viganò F., *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'U.E.: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 21 settembre 2015.

delle disposizioni in materia di interruzione della prescrizione.

D'altra parte, come si è cercato di chiarire, l'obbligo di disapplicazione affermato dalla Corte di Lussemburgo scatta solo a condizione che il giudice italiano accerti la sussistenza di alcune circostanze: 1) che la normativa nazionale in materia di interruzione della prescrizione impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea; 2) che la normativa nazionale *in subiecta materia* garantisca, per i casi di frode lesiva di interessi finanziari interni, termini prescrizionali più lunghi di quelli previsti per i casi di frode pregiudizievoli degli interessi finanziari dell'Unione.

In prima battuta, però, il giudice dovrebbe verificare che la vicenda giudiziaria al suo esame rientri nel perimetro tracciato dalla sentenza Taricco. Sotto tale profilo occorrerebbe escludere, almeno, le seguenti ipotesi:

1) reati tributari aventi ad oggetto imposte diverse dall'I.V.A.;
2) reati tributari in materia I.V.A. che integrino frodi non gravi[25];
3) reati commessi dopo l'entrata in vigore della l. n. 148 del 2011 (17 settembre 2011);
4) imputati cui venga contestata la recidiva qualificata o reiterata ovvero la condizione di delinquente abituale, professionale o per tendenza.

Superato tale *screening* preliminare, il giudice interno dovrebbe poi effettuare gli accertamenti richiesti dalla sentenza Taricco. Si dovrebbe così verificare che le disposizioni censurate consentano l'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di I.V.A.; operazione che richiederebbe, quanto meno, l'acquisizione di dati statistici ufficiali dal Ministero della Giustizia: non sembra infatti sufficientemente rigoroso che il giudice possa attingere alla propria esperienza professionale; così come suscita perplessità che la verifica possa esaurirsi nell'ambito della stessa vicenda *sub iudice* (come mostra di aver fatto la Corte distrettuale di Milano nella commentata ordinanza, a pag. 11-12).

In ogni caso, si potrebbe concludere per la effettività delle sanzioni penali allestite dall'ordinamento italiano nel loro complesso, alla luce della confiscabilità, a date condizioni, del profitto del reato anche in caso di prescrizione, di recente affermata dalle Sezioni unite della Suprema Corte.

Con riferimento all'altro profilo agitato da Giudice di Lussemburgo, l'accertamento sulla presunta tutela privilegiata riservata agli interessi finanziari interni potrebbe trovare esito negativo, tenuto conto che la Corte di giustizia sul punto pone una esplicita "riserva di verifica da parte del giudice nazionale" (par. 48) e che il richiamo al regime di prescrizione dell'associazione finalizzata al contrabbando di t.l.e. *ex* art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973 è del tutto inconferente.

In ogni caso, per chi non volesse arrischiarsi sulle barricate di una decisione "eversiva", sarebbe sempre possibile optare per una ordinanza di sospensione del procedimento in corso in attesa della pronuncia della Corte costituzionale, già investita dalla Corte meneghina.

4. Conclusioni: il sacrificio del principio di legalità sull'altare europeo

In definitiva, la sentenza Taricco, con le sue ricadute sull'ordinamento interno, solleva una questione nevralgica che va ben oltre la disapplicazione del termine massimo prescrizionale nei procedimenti aventi ad oggetto gravi frodi in materia di I.V.A. Ragionando sui beni giuridici coinvolti, il *focus* si sposta sul conflitto tra principio di legalità e interessi finanziari dell'Unione europea: difficile rassegnarsi all'idea che i secondi possano inesorabilmente travolgere il primo. Volendo operare un ulteriore grado di astrazione, si giunge infine al vero nodo: il nostro ordinamento penale, di cui il principio di legalità formale (*sub specie* di riserva di legge) costituisce un ganglio essenziale, può davvero tollerare una produzione normativa *in malam partem* ad opera di un giudice sovranazionale, la cui composizione, peraltro, non è certo rappresentativa del popolo? Dal giudice disapplicatore di norme al giudice fattore di norme il passo è piuttosto breve e il rischio di sovvertire *in radice* la divisione dei poteri molto alto.

Disapplicare gli artt. 160 terzo comma e 161 secondo comma c.p. in ossequio alla pronuncia Taricco altro non significa che indulgere al sacrificio del principio di legalità sull'altare europeo e dischiudere il vaso di una pericolosa deriva. Al giudice comune è riservato il compito di ergersi a baluardo dei principi fondanti lo stato di diritto.

La vicenda Taricco nel suo complesso offre poi l'*input* per affrontare un ulteriore capitolo (che l'economia del presente lavoro non consente, però, di scandagliare affondo): la dinamica dei rapporti tra le diverse giurisdizioni che compongono la costellazione del complesso sistema multilivello europeo. In effetti, nell'ultimo periodo sembra che il giudice penale italiano stia familiarizzando con l'istituto della domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'U.E. Tra le ultime questioni proposte di recente, si pensi alle due ordinanze relative alla compatibilità con il principio eurounitario e convenzionale del *ne bis in idem* del c.d. doppio binario sanzionatorio previsto dall'ordinamento italiano in materia tributaria[26].

[25] Da questo punto di vista dovrebbe essere vincolante la definizione fornita dall'art. 2 par. 1 Convenzione P.I.F., che fissa la soglia minima a 50.000 euro, al di sopra dovrebbe sempre trattarsi di frode grave.

[26] Cfr. Trib. Torino, ord. 27 ottobre 2014, proc. 16821/2012 R.G.N.R.; Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, proc. 4967/2014 R.G.N.R.

Può essere allora interessante, in prima battuta, riflettere con estremo rigore sulla funzione assegnata dal sistema a tale strumento di dialogo: la vicenda Taricco dimostra che l'uso non corretto (per non dire la "torsione") dell'istituto è suscettivo di produrre effetti devastanti. Il secondo *step* è quello di comparare tale strumento con gli altri praticati dai giudici interni per tendere all'obiettivo della conformità alle fonti sovranazionali: l'interpretazione conforme; la disapplicazione della norma interna; la remissione della questione di legittimità al giudice delle leggi.

Come è noto, la differente modulazione dei meccanismi risente, anzitutto, della eterogenea efficacia delle fonti sovranazionali nel nostro ordinamento giuridico. In effetti, il giudice nazionale comune, mentre è tenuto a disapplicare la norma interna confliggente con il diritto dell'Unione europea dotato di efficacia diretta (cfr. Corte cost., 5 giugno 1984 n. 170, c.d. sentenza Granital), per superare l'antinomia con il diritto c.d. convenzionale è tenuto a innescare il sindacato di legittimità sulla norma interna, nel cui ambito le norme C.E.D.U. svolgono la funzione di norme interposte in rapporto all'art. 117, primo comma, Cost. (cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, c.d. sentenze gemelle).

In alcuni casi, peraltro, sorprende la eterogeneità delle soluzioni adottate dal giudice interno. Emblematico il caso del conflitto tra il principio del *ne bis in idem* e il doppio binario sanzionatorio nelle materie tributaria e finanziaria: *in subiecta materia*, mentre i giudici di Torino e di Bergamo hanno optato per un rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, la Corte di cassazione ha ritenuto di promuovere un incidente di costituzionalità[27]; ma non è tutto, in questo caso sorprendentemente *tertium datur*: un giudice astigiano ha operato una coraggiosa interpretazione conforme dell'art. 649 c.p.p., pronunciando direttamente una sentenza di non doversi procedere per essere stato il fatto ascritto all'imputato (omessa dichiarazione dei redditi *ex* art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000) oggetto di precedenti giudizio e sanzione penali, prendendo atto che già era stato sanzionato dall'Agenzia delle Entrate all'esito di contenzioso tributario con una misura da (ri) qualificarsi sostanzialmente penale[28].

D'altra parte, sembra che i registri interpretativi siano piuttosto discordanti anche tra le corti sovranazionali. Spesso la Corte di Lussemburgo sembra aumentare la distanza topografica da Strasburgo. Così, mentre la Corte di giustizia comprime l'ambito delle garanzie, scardinando un istituto, quello della prescrizione, in cui si concentrano plurimi diritti soggettivi del cittadino, la Corte europea estende il principio di legalità alla retroattività della *lex mitior* (Corte E.D.U., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia) e spinge le alte corti italiane a dichiarare la prevalenza della libertà personale rispetto al tradizionale istituto del giudicato (cfr. Corte cost., 3 luglio 2013, n. 210; Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano; Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto).

Il punto cruciale è allora rappresentato dal dialogo tra le corti, che si dovrebbe sviluppare in due direzioni: una orizzontale, tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo, l'altra verticale, che corre tra le corti sovranazionali e le nostre corti interne (Corte costituzionale, Corte di cassazione, giudice di merito). Su questo tema forse è giunto il momento di iniziare a riflettere, seriamente.

[27] Cass., V sez., ord. 10 novembre 2014, Chiarion.
[28] Tribunale Asti, Corato, 10 aprile 2015, n. 717.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I contrasti risolti dalle Sezioni Unite penali

Le Sezioni unite chiariscono gli effetti della prescrizione in caso di condono e/o sanatoria

abstract

The United Sections, with sent. of 04.13.2016 n. 15427, taking into account the various provisions on building amnesty and amnesty subsequent to conformity assessment, have solved a conflict of interpretation on the applicability also to the discipline of the amnesty provided for in Presidential Decree n. 380 of 2001, art. 36 and 45, (previously, Law no. 47 of 1985, art. 13 and 22) on the effects of similar prescription to those resulting from the suspension of the process that will determine if building amnesty (governed by Law no. 47 of 1985, art. 44 and 38, or by the Law no. 724 of 1994, art. 39, or Law no. 326 of 2003, art. 32) in the sense that in case of non condonabilità the works, can not be regarded as operating a stay of proceedings criminal, regardless of whether the judge has ordered or denied, having, in the first case, feel the nonexistent suspension.

keywords

Crimes Edilizi – Suspension of the process – Amnesty – Conformity assessment - Prescription effects.

abstract

Le Sezioni unite, con la sentenza del 13.04.2016 n. 15427, tenuto conto delle diverse disposizioni in materia di condono edilizio e sanatoria conseguente ad accertamento di conformità, hanno risolto un contrasto interpretativo sulla applicabilità anche alla disciplina della sanatoria di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, artt. 36 e 45, (in precedenza, Legge n. 47 del 1985, artt. 13 e 22) di effetti sulla prescrizione analoghi a quelli conseguenti dalla sospensione del processo che si determinano in caso di condono edilizio (disciplinato dalla l. n. 47 del 1985, artt. 44 e 38, ovvero dalla l. n. 724 del 1994, art. 39, o l. n. 326 del 2003, art. 32) nel senso che in caso di non condonabilità delle opere, non può ritenersi operante la sospensione del procedimento penale, indipendentemente dal fatto che il giudice l'abbia disposta o negata, dovendosi, nel primo caso, ritenere la sospensione inesistente.

parole chiave

Reati Edilizi – Sospensione del processo – Condono – Accertamento di conformità – Effetti prescrizione.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite penale 13 aprile 2016 (ud 31 marzo 2016), n. 15427
Pres. Canzio, Rel. Ramacci

Reati edilizi – L'istanza di accertamento *ex* art. 36 – Computo del termine di prescrizione del reato edilizio.

Reati edilizi – Sospensione del processo su richiesta dell'imputato o del suo difensore – Sospensione del corso della prescrizione a norma dell'art. 159, primo comma, n. 3, c.p.

In caso di sospensione del processo, previsto nel caso di presentazione di istanza di accertamento di conformità ex *art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, deve essere considerato ai fini del computo dei termini di prescrizione del reato edilizio; inoltre, in caso di sospensione del processo disposta su richiesta dell'imputato o del suo difensore oltre il termine previsto per la formazione del silenzio-rifiuto* ex *art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, opera la sospensione del corso della prescrizione a norma dell'art. 159, comma 1, n. 3, c.p.*

* * *

Le questioni di diritto per le quali il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite sono le seguenti:

- «se la sospensione del processo, prevista nel caso di presentazione della istanza di accertamento di conformità, d.P.R. n. 380 del 2001, *ex* art. 36, (già l. n. 47 del 1985, art. 13), debba essere considerata ai fini del computo dei termini di prescrizione del reato edilizio»;
- «se, in caso di sospensione del processo disposta su richiesta dell'imputato o del suo difensore oltre il termine previsto per la formazione del silenzio-rifiuto *ex* art. 36, d.P.R. cit., operi la sospensione del corso della prescrizione a norma dell'art. 159 c.p., comma 1, n. 3».

I Giudici del Supremo consesso, prima di fornire la risposta al quesito, hanno preliminarmente richiamato l'attenzione sulle differenze intercorrenti tra la disciplina del "condono edilizio", di cui alle l. 28 febbraio 1985, n. 47, l. 23 dicembre 1994, n. 724, e l. 24 novembre 2003, n. 326 (quest'ultima di conversione, con modificazioni, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269), e quella della "sanatoria" conseguente ad accertamento di conformità, disciplinata dall'art. 36 del Testo Unico dell'edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

Con l'entrata in vigore della l. n. 47 del 1985, venne varato il primo condono edilizio, che aveva lo scopo di dare un netto taglio al passato, recuperando le opere abusive fino ad allora realizzate.

Tale scelta legislativa, venne poi replicata, per ragioni di razionalizzazione della finanza pubblica, con la l. 23 dicembre 1994, n. 724, e, successivamente, con la l. 24 novembre 2003, n. 326, la quale convertiva, con modificazioni, il d.l. 30 settembre 2003, n. 269.

Dalla lettura delle menzionate disposizioni, secondo le Sezioni unite il condono edilizio si caratterizza per l'efficacia limitata nel tempo, poiché è finalizzato alla regolarizzazione di determinati abusi edilizi realizzati entro un limite temporale individuato dalla norma.

Il suo effetto estintivo, inoltre, consegue al pagamento di un'oblazione, formalizzato attraverso l'attestazione, da parte dell'autorità comunale, della congruità di quanto corrisposto a tale titolo.

Esso opera, peraltro, anche con riferimento ad interventi in contrasto con gli strumenti urbanistici e produce effetti estintivi anche verso reati conseguenti alla violazione delle norme antisismiche e sulle costruzioni in cemento armato.

Ben differente era la struttura normativa della sanatoria disciplinata dal d.P.R. n. 380 del 2001, artt. 36 e 45, (e, in precedenza, dalla l. n. 47 del 1985, artt. 13 e 22) la quale opera, al contrario, su un piano del tutto diverso, in quanto destinata, in via generale, al recupero degli interventi abusivi previo accertamento della conformità degli stessi agli strumenti urbanistici generali e di attuazione, nonché alla verifica della sussistenza di altri requisiti di legge specificamente individuati.

In base al menzionato art. 36, la sanatoria può essere ottenuta quando l'opera eseguita in assenza del permesso sia conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati o non in contrasto con quelli adottati, tanto al momento della realizzazione dell'opera, quanto al momento della presentazione della domanda, che può avvenire fino alla scadenza dei termini di cui agli art. 31, comma 3, art. 33, comma 1, art. 34, comma 1, e, comunque, fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative.

Sulla richiesta di sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale deve pronunciarsi – con adeguata motivazione – entro sessanta giorni, trascorsi inutilmente i quali la domanda si intende respinta. L'istanza è subordinata, inoltre, al pagamento di una somma a titolo di oblazione, secondo le modalità descritte nello stesso articolo.

In base a quanto espressamente disposto dall'art. 45, il rilascio della sanatoria «estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti», con esclusione, quindi, di altri reati eventualmente concorrenti.

Le Sezioni unite segnalano, altresì, per un verso, le necessarie differenziazioni della finalità ed ambito applicativo dei due istituti normativi[1], e dall'altro riconoscono la specialità della disciplina del condono edilizio rispetto a quella della sanatoria conseguente all'accertamento di conformità[2].

Le caratteristiche dei due istituti sono state ben evidenziate anche dalla giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato[3] secondo il quale il condono edilizio concerne il perdono *ex lege* per la realizzazione, senza titolo abilitativo, di un manufatto in contrasto con le prescrizioni urbanistiche, comportante una violazione sostanziale, mentre la sanatoria riguarda l'accertamento postumo della conformità dell'intervento edilizio realizzato senza permesso di costruire agli strumenti urbanistici e riguarda una "violazione formale" Entrambe le procedure, tuttavia, presuppongono periodi di sospensione, diversamente disciplinati, che assumono specifico rilievo riguardo al computo del termine massimo di prescrizione del reato.

In particolare, per ciò che concerne il condono edilizio, sono state individuate due distinte cause di sospensione del processo.

La prima, prevista dalla l. n. 47 del 1985, art. 44, definita "automatica", in quanto applicabile a tutti i procedimenti in cui risulti contestato un reato urba-

[1] Sulle differenze tra le due normative le sez.un. indicano sez. 3, 20 dicembre 2007, n. 6331 dep. 2008, Latteri, Rv. 238822; sez. 3, 28 settembre 1988, n. 10307 Serra, Rv. 179501; sez. 3, 22 giugno 1987, n. 9797, Scarcella, Rv. 176643.

[2] Sulla specialità del Condono rispetto alla Sanatoria cfr. sez. 3, sent. 12 maggio 2011, n. 23996 De Crescenzo, Rv. 250607.

[3] In questa prospettiva si veda Cons. Stato, sez. 6, 02 febbraio 2015, n. 466.

nistico o commessa una violazione di detta normativa, indipendentemente dalla presentazione o meno di una domanda di condono e quantificata in 223 giorni.[4]

La seconda causa di sospensione, prevista dall'art. 38, della stessa legge, indicata come "obbligatoria" – ma subordinata all'accertamento di determinati presupposti, quali la presentazione di una domanda di condono relativa all'immobile abusivo oggetto del processo realizzato nei limiti temporali stabiliti ed il versamento della prima rata di oblazione autodeterminata – che non può superare i due anni.

Tanto opportunamente precisato, i Giudici delle Sezioni unite hanno evidenziato che sull'applicabilità in concreto delle sospensioni previste dalle disposizioni sul condono edilizio si contrapponevano, tuttavia, opposti indirizzi giurisprudenziali, in quanto, secondo un primo orientamento**,** maggioritario, tanto la sospensione "automatica", quanto quella "obbligatoria" erano applicabili a tutti i procedimenti riguardanti i reati edilizi indicati alla l. n. 47 del 1985, art. 38, comma 2, e l. n. 724 del 1994, art. 39, comma 8; e ciò indipendentemente dall'epoca di commissione degli illeciti (considerato il requisito temporale previsto per la condonabilità delle opere) e dall'effettiva sospensione disposta con provvedimento del giudice.[5]

L'altro indirizzo[6], invece, escludeva l'applicabilità della sospensione ai reati la cui consumazione risultava, sulla base della contestazione e degli atti del procedimento, proseguita dopo il 31 dicembre 1993, data individuata dalla l. n. 724 del 1994, quale termine ultimo per il completamento delle opere, che ne consentiva la condonabilità.

La controversa questione venne risolta dalle Sezioni unite con la sent. n. 22 del 24/11/1999, Sadini, Rv. 214792 le quali hanno ritenuto preferibile il secondo indirizzo interpretativo, sulla base del dato letterale della l. n. 724 del 1994, art. 39, comma 1, il quale richiama, tra l'altro, il capo 4° della l. n. 47 del 1985 – nel quale sono compresi gli artt. 44 e 38, che riguardano le due ipotesi di sospensione dei procedimenti penali e che fanno, a loro volta, riferimento agli artt. 35 e 31, concernenti la presentazione della domanda di condono osservando come esso non sembri consentire una interpretazione diversa da quella secondo la quale la data del 31 dicembre 1993 costituisce uno dei presupposti per la condonabilità e per la sospensione dei procedimenti penali.

Veniva ulteriormente rilevato, che l'inesistenza di detto presupposto impediva non soltanto il condono delle opere abusive, ma anche la sospensione del procedimento penale e ciò indipendentemente dal fatto che il giudice avesse disposto o negato la sospensione del procedimento, dovendosi, nel primo caso, ritenere la sospensione inesistente per assenza, appunto, del suo fondamentale presupposto.

In relazione al difetto dei requisiti di condonabilità, la possibilità di sospensione del processo era stata esclusa in caso di richiesta di condono presentata per violazioni edilizie relative a nuove costruzioni non residenziali, in quanto la l. n. 326 del 2003, art. 32, limita l'applicabilità del condono edilizio alle sole nuove costruzioni residenziali[7]; in relazione a interventi in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, rientranti tra quelli esclusi dal condono dall'art. 32, comma 26, lett. a), legge n. 326/2003[8] o, più in generale, in caso di presentazione di domanda di sanatoria strumentale o dilatoria e inerente a un fabbricato non ultimato entro il termine stabilito[9].

La sospensione è stata inoltre esclusa anche con riferimento al c.d. "condono paesaggistico" di cui alla l. n. 308 del 2004, art. 37, mancando una espressa previsione normativa ed in assenza di qualsivoglia correlazione con le disposizioni in tema di condono edilizio[10].

Alla luce di quanto affermato dalla sentenza del 24/11/1999, n. 22, Sadini, delle Sezioni unite, si è

[4] Le Sezioni unite sent. 03 dicembre 1996, n. 1283, dep. 1997, Sellitto, Rv. 206849, chiamate a risolvere il contrasto venutosi a creare in ordine al calcolo dei termini complessivi di sospensione del decorso della prescrizione in conseguenza della mancata conversione di vari decreti legge, succedutisi nel tempo prima della approvazione della l. n. 724 del 1994 quantificarono una causa automatica di sospensione del processo in 223 giorni.

[5] Per tutte Cass., 29 luglio 1999, n. 2869; Cass., 27 luglio 1999, n. 2865, in relazione tutti i procedimenti per reati edilizi indicati all'art. 38, comma II, della l. n. 47/85 e art. 39, comma VIII, della L. n. 724 del 1994, indipendentemente dall'epoca di commissione degli illeciti (e cioè sia per i fatti commessi entro il 31 dicembre 1993 sia per quelli ancora in corso dopo tale data) e dall'effettiva sospensione con provvedimento del giudice, devono essere applicate 1) la sospensione c. d. "automatica" prevista dall'art. 44 della l. n. 47 del 1985, dal 27 luglio 1994 al 31 marzo 1995 e "quantificata" da sez.un., 3 dicembre 1996 n. 1283, Sellitto in complessivi giorni 223 (o periodo minore se la pendenza del procedimento è intervenuta dopo il 27 luglio 1994); 2) l'ulteriore sospensione, c.d. "obbligatoria", prevista dall'art. 31 marzo 1995 (data finale per la presentazione della domanda) al 31 marzo 1997, momento ultimo entro cui, in base all'art. 2, comma 40, ultima parte, della l. 23 dicembre 1996, n. 662, bisognava corrispondere l'oblazione dovuta con gli interessi legali.

[6] Trova espressione in Cass. 5 agosto 1999, n. 2888, Scuotto + 1, per cui la sospensione non è in alcun caso applicabile ai procedimenti concernenti reati che, dalla contestazione o dagli atti, risultino proseguiti dopo il 1 dicembre 1993.

[7] In tal senso sez. 3, 19 gennaio 2007, n. 8067, Zenti, Rv. 236084; sez. 3, 17 febbraio 2004, n. 14436, Longo, Rv. 227959; sez. 3, 18 novembre 2003, n. 3358 dep. 2004, Gentile, Rv. 227178.

[8] Si vedano sez. 3, del 26 gennaio 2011, n. 9670, Rizzo, Rv. 249606; sez. 3, 03 ottobre 2006, n. 38113 De Giorgi, Rv. 235033; sez. 4, 12 gennaio 2005, n. 12577 Ricci, Rv. 231315 ed altre conformi.

[9] Cfr. sez. 3, del 17 marzo 1999, n. 5452, Somma G, Rv. 213369.

[10] Si legga sez. 3, 17 febbraio 2010, n. 16471, Giardina, Rv. 246759, non massimata sul punto; sez. 3, del 19 aprile 2006, n. 32529 Martella, Rv. 234934. Si è chiarito, inoltre, che la sospensione riguarda soltanto la fase del giudizio e non anche quella delle indagini preliminari (sez. 3, 09 novembre 2004, n. 48986 Cerasoli, Rv. 230475).

ricavato un ulteriore principio generale, secondo il quale il giudice, già prima di sospendere il processo in forza della l. n. 47 del 1985, art. 44, deve effettuare un controllo in ordine alla sussistenza dei requisiti richiesti per la concedibilità in astratto del condono, perché, diversamente opinandosi, si allungherebbero "inevitabilmente ed inutilmente i tempi del processo" e, nel caso in cui il giudice sospenda il processo in assenza dei presupposti di legge, la sospensione deve ritenersi inesistente[11].

Il successivo accertamento dell'inesistenza dei presupposti per l'applicazione del condono, tuttavia, non determina inevitabilmente l'inesistenza della sospensione, perché, a tal fine, deve ovviamente prendersi in considerazione la situazione prospettatasi al giudice nel momento in cui ha pronunciato la relativa ordinanza.

Sul punto, sempre tenendo conto di quanto affermato nella sentenza Sadini, si è del tutto correttamente rilevato come, in tema di condono edilizio, le cause di sospensione del processo penale sono soltanto quelle previste dalla legge, che richiedono determinati presupposti, in difetto dei quali la sospensione eventualmente disposta non può produrre risultati efficaci.

Ciò implica, tuttavia, che l'inesistenza di una valida causa di sospensione risulti dagli atti processuali o dalla stessa contestazione del reato e sia, conseguentemente, immediatamente rilevabile dal giudice, perché, altrimenti, il successivo accertamento della inesistenza dei requisiti per l'applicazione della causa estintiva della contravvenzione non farebbe venir meno la correttezza dell'iniziale ordinanza sospensiva (e, quindi, gli effetti ad essa connessi, della conseguente sospensione della prescrizione), avendo il giudice proceduto nella esatta osservanza di quanto previsto dalla legge[12]. È di tutta evidenza che le argomentazioni sviluppate nelle richiamate decisioni assumono particolare rilievo per ciò che concerne il computo dei termini di prescrizione, sulla decorrenza dei quali incide, in maniera significativa, la sospensione del procedimento.

Per ciò che riguarda, invece, il diverso istituto della sanatoria conseguente ad accertamento di conformità, – hanno osservato i Giudice del Supremo Collegio – come il già menzionato d.P.R. n. 380 del 2001, art. 45, stabilisca, al comma 1, che l'azione penale relativa alle violazioni edilizie rimane sospesa finché non siano stati esauriti i procedimenti amministrativi di sanatoria di cui all'art. 36.

Tale articolo dispone, all'u.c., che sulla richiesta di sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale deve pronunciarsi entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda, poiché, decorso tale termine, la domanda si intende rifiutata.

Tale ultima evenienza configura, secondo un consolidato orientamento, una ipotesi di silenzio-rifiuto al quale vengono collegati gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego.[13]

Pur verificandosi tale evenienza, tuttavia, l'Amministrazione non perde il potere di provvedere, in quanto il silenzio-rigetto è esplicitamente previsto al solo fine di consentire all'interessato di adire il giudice[14] sebbene l'eventuale instaurazione di un procedimento amministrativo avviato mediante ricorso avverso il diniego di sanatoria non comporti alcuna estensione della durata della sospensione fino alla sua definizione[15] come rilevato anche dalla Corte costituzionale nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità della l. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 22, comma 1. [16]

Il provvedimento con il quale il giudice dispone la sospensione – segnalano i Giudici Ermellini – richiede, peraltro, il previo accertamento della effettiva sussistenza dei presupposti necessari per il conseguimento della sanatoria e, inoltre, la mancata sospensione – in assenza di espressa previsione normativa e non configurandosi pregiudizi al diritto di difesa dell'imputato, potendo questi far valere l'esistenza o la sopravvenienza della causa estintiva nei successivi gradi di giudizio – non determina alcuna nullità.[17]

Diversamente da quanto previsto in materia di condono, la sospensione, inoltre, non opera con riferimento ai reati esclusi dagli effetti estintivi determinati dal rilascio della concessione in sanatoria.[18]

Il richiamo, effettuato espressamente dal d.P.R. n. 380 del 2001, art. 45, all'art. 36, dello stesso decreto, il quale prevede, all'ultimo comma, il termine di sessanta giorni entro il quale il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale deve pronunciarsi sulla domanda di sanatoria, limita – evidentemente

[11] Si sono pronunziate in tal senso sez. 3, 26 gennaio 2011, n. 9670, Rizzo, cit.; sez. 3, 17 novembre 2005, n. 563 dep. 2006, Martinico, Rv. 233011; sez. 3, 25 marzo 2004, n. 35084 Barreca, Rv.229652, cit.; sez. 3, 13 novembre 2003, n. 3350, dep. 2004, Lasi, Rv.227217.

[12] In questo senso sez. 3, 18 maggio 2000, n. 8536, Zarbo, Rv. 217754; conf. sez. 3, 24 giugno 2005, n. 29253 Di Maio, Rv.231951.

[13] In tal senso sez. 3, 26 febbraio 2008, n. 17954 Termini, Rv. 240234; sez. 3, 28 aprile 2005, n. 33292 Pescara, Rv. 232181; sez. 3, 18 febbraio 2004, n. 16706, Brilla, Rv. 227960; sez. 3, 30 gennaio 2003, n. 10640, Petrillo, Rv. 224353.

[14] *ex plurimis* sez. 3, del 26 febbraio 2008, n. 17954 Termini, Rv. 240233. V. anche sez. 3, 11 novembre 1993, n. 11604, Schiavazzi, Rv. 196069; sez. 3, 10 ottobre 1989, n. 16245,Allegrini, Rv. 182627.

[15] sez. 3, 13 maggio 2015, n. 36902, Milito, Rv. 265085; sez. 3, 24 marzo 2010, n. 24245, Chiarello, Rv. 247692; sez. 3, 18 novembre 2009, n. 48523 Righetti, Rv. 245418, non massimata sul punto; sez. 6, 13 gennaio 1994, n. 4614, Cammariere, Rv. 197767; sez. 3, 02 dicembre 1991, n. 12779, Leggio, Rv. 188743.

[16] Cfr. sul punto Ord. n. 247 del 2000, la quale richiama anche la sentenza n. 85 del 1998 e l'ordinanza n. 309 del 1998.

[17] In questo senso sez. 3, 28 aprile 2005, n. 33292, Pescara, cit..

[18] In tal senso sez. 3, 07 novembre 1997, n. 50, dep. 1998, Casà, Rv. 209662.

– la durata della sospensione a tale determinato lasso temporale[19].

In ordine alla sospensione del procedimento è utile ricordare il diverso orientamento sorto tra due decisioni del Supremo consesso: con le Sezioni unite Mapelli[20] era stato affermato che, in mancanza di impugnazione, la sospensione del procedimento, ai sensi dell'allora vigente l. n. 47 del 1985, art. 22, anche se disposta fuori dei limiti consentiti, produce i suoi effetti propri, tra cui la sospensione del corso della prescrizione; con le Sezioni unite Passerotti[21] si è osservato come la sospensione dipenda direttamente dalla richiesta del titolo abilitativo in sanatoria e la sua durata corrisponda al tempo stabilito dalla legge per la definizione del procedimento, cioè per sessanta giorni dalla richiesta, con la conseguenza che il provvedimento del giudice, avente natura meramente dichiarativa, non può svolgere alcun ruolo preclusivo, cosicché non potrà assumere rilievo una sospensione disposta in mancanza delle condizioni stabilite, né un periodo di sospensione superiore a quello fissato dalla legge.

In ordine alla disciplina della sanatoria per accertamento di conformità, come già osservato con riferimento al condono edilizio, la prevista sospensione assume rilievo determinante ai fini del calcolo dei termini di prescrizione del reato e proprio con riferimento ad essa è stato rilevato il contrasto che ha portato alla rimessione della questione alle Sezioni unite.

In una prima pronuncia[22] si è ritenuta l'illegittimità dell'ordinanza di sospensione dei termini di prescrizione per un tempo superiore alla durata della procedura amministrativa per la definizione della sanatoria e conseguente al differimento del procedimento penale, disposto su richiesta della difesa proprio in ragione della pendenza della procedura medesima. La sospensione è stata infatti considerata in contrasto con il disposto del d.P.R. n. 380 del 2001, artt. 36 e 45, e, segnatamente, con il limite temporale massimo di sessanta giorni fissato dalla legge per la definizione del procedimento finalizzato al rilascio del titolo abilitativo sanante, trascorso il quale la domanda si intende respinta.

A tale indirizzo interpretativo si è successivamente contrapposta altra decisione[23] nella quale, in presenza di un rinvio disposto su richiesta della difesa e giustificato dalla pendenza del procedimento amministrativo, successivamente non perfezionatosi, di sanatoria edilizia di un immobile abusivo, l'operatività della sospensione ai fini del computo dei termini di prescrizione è stata estesa per l'intera durata del differimento.

La decisione Zappalorti, nel confrontarsi con il contrapposto orientamento ribadisce di non condividerlo richiamando a suo sostegno come le Sezioni unite Cremonese[24] sostanzialmente anticipando quanto poi espressamente stabilito dal legislatore con le modifiche apportate, nel 2005, all'art. 159 c.p., abbiano affermato che «oggi il processo vive prevalentemente delle iniziative non solo istruttorie delle parti anche private, che hanno il potere di contribuire autonomamente a determinare tempi, modalità e contenuti delle attività processuali. Le parti non hanno più solo poteri limitativi dell'autorità del giudice, ma condividono con il giudice la responsabilità dell'andamento del processo. E debbono assumersi conseguentemente gli oneri connessi all'esercizio dei loro poteri».

Nella decisione in esame, i Giudici del Supremo Collegio hanno ritenuto quest'ultimo indirizzo interpretativo, pienamente condivisibile.

In particolare, per quanto qui di interesse, sul tema della sospensione hanno chiarito che devono comunque tenersi distinte l'ipotesi della sospensione ai sensi del combinato disposto del d.P.R. n. 380 del 2001, artt. 36 e 45, e quella della sospensione conseguente al rinvio su istanza di parte.

Nel primo caso, infatti, vanno applicati i principi, richiamati in precedenza e sviluppati con riferimento tanto alla disciplina del condono che a quella sulla sanatoria per accertamento di conformità, i quali presuppongono, ai fini della legittimità della sospensione, la previa verifica, da parte del giudice, della oggettiva sussistenza dei presupposti di legge.

L'analisi effettuata dalla giurisprudenza è stata particolarmente approfondita, come si è visto, riguardo alla più ampia casistica sviluppatasi in relazione al condono, sebbene conclusioni non dissimili siano state tratte anche con riferimento alla sanatoria per accertamento di conformità.

Ne consegue che, a fronte di una situazione, risultante chiaramente dagli atti o dall'imputazione, che evidenzi, pacificamente e senza necessità di specifici accertamenti, l'assenza dei requisiti per l'accoglimento della domanda, come, ad esempio, in caso di plateale contrasto delle opere con le previsioni degli strumenti urbanistici, la sospensione, per il periodo di sessanta giorni indicato dalla legge per la definizione del procedimento amministrativo (o per quello, superiore, eventualmente indicato nel provvedimento che la dispone), non potrà operare e, se disposta comunque dal giudice, autonomamente e senza richiesta di parte, non potrà produrre effetti di sospensione dei termini di prescrizione.

Per contro, avranno in ogni caso effetti sospensivi del corso della sospensione i rinvii disposti in accoglimento di una richiesta dell'imputato o del suo difen-

[19] In tal senso si è, peraltro, più volte espressa anche la Corte costituzionale (ord. n. 304 e 201 del 1990; n. 423 del 1989).

[20] Si legga sez. un., del 01 ottobre 1991, n. 10849, Mapelli, Rv. 188579.

[21] Si legga 27 marzo 1992, n. 4154, Passerotti, Rv. 190245.

[22] Cfr. sez. F, 09 agosto 2013, n. 34938, Bombaci, Rv. 256714.

[23] sez. 3, 28 maggio 2014, n. 41349, Zappalorti, Rv.260753.

[24] Cfr. Sezioni unite, sentenza 28 novembre 2001, n. 1021, dep. 2002, Cremonese, Rv. 220509.

sore, dovendosi al riguardo condividere le osservazioni svolte dalla citata sentenza Zappalorti.

Ricorda infatti tale pronuncia che la giurisprudenza formatasi in tema teneva necessariamente conto di quanto stabilito dall'art. 159 c.p., prima degli interventi modificativi ad opera della l. 5 dicembre 2005, n. 251 («Il corso della prescrizione rimane sospeso nei casi di autorizzazione a procedere o di questione deferita ad altro giudizio, e in ogni caso in cui la sospensione del procedimento penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge»), la quale, con l'art. 6, ne ha sostituito il testo che, come è noto, stabilisce ora, al comma 1, n. 3, che il corso della prescrizione rimane, tra l'altro, sospeso in caso di sospensione del procedimento o del processo penale per ragioni di impedimento delle parti e dei difensori, ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore, disponendo che, nella prima ipotesi, l'udienza non può essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, dovendosi avere riguardo, in caso contrario, al tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni.

La disposizione è stata sempre interpretata nel senso che il rinvio dell'udienza, accordato su richiesta del difensore, determina la sospensione dei termini di prescrizione del reato, ritenendosi, peraltro, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 159 c.p., sollevata per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non indica il termine massimo di sospensione della prescrizione conseguente alla richiesta della difesa dell'imputato di un differimento dell'udienza, osservandosi che la previsione di rinvii del dibattimento su richiesta di parte è finalizzata al soddisfacimento di esigenze diverse da quelle costituenti legittimo impedimento e tiene conto della libera scelta del difensore di chiedere il rinvio, sicché è stato ritenuto logico, in tal caso, contemperare l'aggravio per l'ufficio giudiziario derivante dal soddisfacimento di esigenze di parte, rimettendo alla sua determinazione la durata del rinvio in modo da tener conto delle esigenze dell'ufficio medesimo.[25]

Recentemente si è inoltre osservato[26] come, in tali casi, la durata del differimento sia discrezionalmente determinata dal giudice in considerazione delle esigenze organizzative dell'ufficio giudiziario, dei diritti e delle facoltà delle parti coinvolte nel processo, nonché dei principi costituzionali di ragionevole durata del processo e di efficienza della giurisdizione, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite Torchio[27] con riferimento a tutti i casi in cui il giudice, su richiesta del difensore, accordi un rinvio della udienza, pur in mancanza delle condizioni che integrano un legittimo impedimento per concorrente impegno professionale del difensore.

Concludono, dunque le Sezioni unite affermando che in caso di rinvio su richiesta dell'imputato o del suo difensore, ai fini della sospensione dei termini di prescrizione operano i principi generali stabiliti dal codice di rito, i quali, peraltro, avranno effetto, a differenza di quanto avviene con riguardo alla sospensione prevista dal combinato disposto del d.P.R. n. 380 del 2001, artt. 36 e 45, anche con riferimento ai reati eventualmente concorrenti con la contravvenzione di cui all'art. 44 del medesimo decreto.

Ne consegue che ai quesiti posti le sez.un. hanno in sintesi risposto che:

a) «il periodo di sospensione del processo, previsto nel caso di presentazione di istanza di accertamento di conformità *ex* art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, deve essere considerato ai fini del computo dei termini di prescrizione del reato edilizio»;
b) «in caso di sospensione del processo disposta su richiesta dell'imputato o del suo difensore oltre il termine previsto per la formazione del silenzio-rifiuto *ex* art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, opera la sospensione del corso del- la prescrizione a norma dell'art. 159, comma 1, n. 3, c.p.».

[25] In questi termini sez. 3, 27 ottobre 2011, n. 45968, Diso, Rv. 251629.

[26] sez. 3, 15 aprile 2015, n. 29885, Vuolo, Rv 264433.

[27] Confronta Sezioni unite, sentenza 18 dicembre 2014, dep. 2015, n. 4909, Torchio, Rv. 262914.

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

Rassegna di legittimità

Atti e provvedimenti del giudice - Correzione di errori materiali - Sentenza - Giudizio di appello - Omessa condanna dell'imputato alla rifusione delle spese del grado di giudizio in favore della parte civile - Procedura di correzione - Possibilità

È emendabile con la procedura di correzione di errori materiali la sentenza emessa all'esito del giudizio d'appello in cui il giudice omette di condannare l'imputato alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile nel grado di giudizio.

Cass., sez. 6, sentenza 27 gennaio 2016, n. 6360 (dep. 16 febbraio 2016) Rv. 265960
Pres. Paoloni, Rel. Tronci, Imp. C., P.M. Canevelli (Diff.) (Annulla con rinvio, App. Catanzaro, 17 giugno 2015)

Esecuzione - Giudice dell'esecuzione - Confisca - Confisca penale - Procedimenti relativi a reati di cui all'art. 51, comma terzo-*bis*, c.p.p. - Tutela dei terzi creditori in buona fede *ex* artt. 52 ss. d.lgs. n. 159 del 2011 - Applicabilità - Sussistenza

*In tema di confisca, le norme dettate dagli artt. 52 ss. del d.lgs. n. 159 del 2011, a tutela dei diritti vantati dai terzi creditori in buona fede sui beni sottoposti a confisca di prevenzione, si applicano anche alle ipotesi di confisca emesse in sede penale nell'ambito dei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.*

Cass., sez. 1, sentenza 15 febbraio 2016, n. 12362 (dep. 23 marzo 2016) Rv. 266045
Pres. Cavallo, Rel. Magi, Imp. Edil Merici S.r.l., P.M. Fimiani (Diff.)
(Annulla con rinvio, App. Reggio Calabria, 10 marzo 2015)

Impugnazioni - Cassazione - Giudizio di rinvio - Art. 627 c.p.p. - Giudizio di rinvio cautelare - Elementi sopravvenuti - Estensione dei poteri cognitivi del giudice - Possibilità - Limiti - Fattispecie

In tema di impugnazioni riguardanti provvedimenti cautelari, il giudice del rinvio può prendere in considerazione elementi sopravvenuti dopo l'emissione (o il diniego di emissione) della misura cautelare, ma tale potere è condizionato oltre che dalle valutazioni espresse dalla Corte di legittimità nel giudizio rescindente, dalla esigenza che i fatti nuovi posti a base del rinnovato appello incidano sull'originaria legittimità del titolo cautelare trovando, in caso contrario, la loro naturale rilevanza nell'ambito di una autonoma richiesta di revoca o di modifica della misura cautelare. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato l'ordinanza con cui il giudice del rinvio, invece di confermare o annullare, secondo i principi di diritto affermati nella sentenza rescindente, l'ordinanza di ripristino della misura cautelare sospesa dal gip nei confronti di una persona giuridica ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 231 del 2001, aveva disposto la revoca della misura per difetto sopravvenuto delle condizioni che ne legittimavano l'applicazione).

Cass., sez. 2, sentenza 9 febbraio 2016, n. 8854 (dep. 03 marzo 2016) Rv. 266100
Pres. Davigo, Rel. Beltrani, Imp. Pm in proc. Vescovi (Conf.)
(Annulla con rinvio, Trib. lib. Pistoia, 16 luglio 2015)

Indagini preliminari - Chiusura delle indagini - Archiviazione - Richiesta del Pubblico Ministero - Notifica alla persona offesa - Notifica alla persona offesa dei delitti commessi con violenza alla persona *ex* art. 408, comma terzo-*bis*, c.p.p. - Obbligatorietà - Omissione - Conseguenza - Nullità del decreto di archiviazione - Ricorso per cassazione

*L'obbligo dell'avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa dei delitti commessi con violenza alla persona, previsto dall'art. 408, comma 3-*bis *c.p.p., prescinde da ogni eventuale richiesta dell'interessato, con la conseguenza che la sua omissione, determinando la violazione del contraddittorio, è causa di nullità,* ex *art. 127, comma quinto, c.p.p., del decreto di archiviazione emesso "de* plano*", impugnabile con ricorso per cassazione.*

Cass., sez. un., sentenza 29 gennaio 2016, n. 10959 (dep. 16 marzo 2016) Rv. 265894;
Pres. Canzio, Rel. Bianchi, Imp. P.O. in proc. C., P.M. Salzano (Conf.)
(Annulla senza rinvio, G.i.p. Trib. Milano, 01 luglio 2014)

Indagini preliminari – Chiusura delle indagini – Archiviazione – Richiesta del Pubblico Ministero – Opposizione della persona offesa – Udienza camerale – Ordinanza di rigetto dell'opposizione e di archiviazione basata su accertamenti istruttori disposti su inziativa del giudice – Abnormità – Sussistenza – Fattispecie

È abnorme l'ordinanza con la quale il G.I.P. rigetta l'opposizione della persona offesa e dispone l'archiviazione del procedimento sulla scorta di accertamenti istruttori suppletivi disposti di sua iniziativa, assumendo indebitamente le attribuzioni che spettano per legge al pubblico ministero. (Nella fattispecie il G.I.P., dopo la celebrazione dell'udienza camerale ai sensi dell'art. 409 c.p.p., aveva richiesto delle informazioni in merito alla capacità reddituale dell'indagato alla polizia giudiziaria e ad autorità amministrative i cui esiti erano stati considerati nel decreto di archiviazione senza essere esaminati nel contraddittorio delle parti).

Cass., sez. 6, sentenza 18 febbraio 2016 n. 8212 (dep. 29 febbraio 2016) Rv. 266107

Pres. Paoloni, Rel. Villoni, Imp. P.O. in proc. R., P.M. Iacoviello (Diff.)

(Annulla senza rinvio, G.I.P Trib. Cuneo, 20 maggio 2015)

Lavoro – Prevenzione infortuni – Sul lavoro – Adempimento da parte del datore di lavoro di tutte le obbligazioni relative alla sua posizione di garanzia in ordine all'incolumità dei lavoratori – Dotazione di tutti i presidi di sicurezza – Comportamento esorbitante ed imprevedibilmente colposo del lavoratore – Lesioni personali – Responsabilità del datore di lavoro – Esclusione

In tema di infortuni sul lavoro, il datore di lavoro che, dopo avere effettuato una valutazione preventiva del rischio connesso allo svolgimento di una determinata attività, ha fornito al lavoratore i relativi dispositivi di sicurezza ed ha adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia, non risponde delle lesioni personali derivate da una condotta esorbitante ed imprevedibilmente colposa del lavoratore (In motivazione la Corte di cassazione ha precisato che il sistema della normativa antinfortunistica si è evoluto passando da un modello "iperprotettivo", interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro, quale soggetto garante investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, ad un modello "collaborativo" in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori).

Cass., sez. 4, sentenza 10 febbraio 2016 n. 8883 (dep. 03 marzo 2016) Rv. 266073

Pres. Blaiotta, Rel. Pezzella, Imp. Santini e altro, P.M. Iacoviello (Diff.)

(Annulla senza rinvio, App. Roma, 17 aprile 2014)

Misure cautelari – Personali – Misure interdittive – In genere – Onere di motivazione sul termine di durata – Sussistenza Ragioni – Fattispecie

In tema di misure interdittive, la flessibilità della disciplina relativa al termine di durata prevista dall'art. 308, comma secondo, c.p.p., come novellato dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, impone al giudice della cautela un onere di motivazione in merito al termine indicato nell'ordinanza. (Fattispecie relativa ad una misura interdittiva in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della novella in cui il giudice della cautela aveva determinato il termine di durata in quello massimo di 12 mesi senza motivare sul punto).

Cass., sez. 6, sentenza 11 febbraio 2016, n. 8617 (dep. 02 marzo 2016) Rv. 265846

Pres. Conti, Rel. Calvanes, Imp. P.M. in proc. Macrì, P.M. Corasaniti (Diff.)

(Annulla senza rinvio, Trib. Firenze, 23 settembre 2015)

Prove – Mezzi di ricerca della prova – Sequestri – Oggetto – Sequestro probatorio – Motivazione – Indicazione delle concrete esigenze probatorie – Necessità – Esclusione – Ragioni

*Il decreto di sequestro probatorio delle cose che costituiscono corpo del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine alla sussistenza della relazione di immediatezza tra la "*res*" sequestrata ed il reato oggetto di indagine, non anche in ordine alla necessità di esso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza probatoria del corpo del reato è in "*re ipsa*".*

Cass., sez. 2, sentenza 9 febbraio 2016, n. 6149 (dep. 15 febbraio 2016) Rv. 266072

Pres. Davigo, Rel. Alma, Imp. Ciurlino, P.M. Birritteri (Conf.) (Dichiara inammissibile, Trib. Chieti, 15 ottobre 2015)

Reati contro il patrimonio – Delitti – Rapina – Elemento oggettivo (materiale) – Azione violenta nei confronti di una cosa – Configurabilità del reato – Condizioni – Fattispecie

In tema di rapina, l'elemento oggettivo del reato può essere costituito anche dal compimento di un'azione violenta nei confronti di una cosa qualora questa forma di violenza sia tale da esprimere un messaggio minatorio nei confronti della persona al fine di annnullarne o limitarne la capacità di autodeterminazione (Fattispecie in cui l'azione violenta era consistita nella rottura della vetrata di una agenzia bancaria con un'autovettura).

Cass., sez. 2, sentenza 16 febbraio 2016, n. 8961 (dep. 04 marzo 2016) Rv. 266101

Pres. Fiandanese, Rel. Recchione, Imp.,Bellomo ed altro, P.M. Galli (Conf.)

(Dichiara inammissibile, G.I.P. Trib. Bologna, 02 novembre 2015)

Reati contro l'amministrazione della giustizia – Delitti contro l'attività giudiziaria – Falsa testimonianza – Elemento oggettivo (materiale) – Rifiuto di sottoporsi al controesame – Configurabilità del reato – Sussistenza

Risponde del delitto di falsa testimonianza il testimone c.d. assistito che rifiuta di sottoporsi al controesame.

Cass., sez. 6, sentenza 11 febbraio 2016, n. 8206 (dep. 29 febbraio 2016) Rv. 265962

Pres. Conti, Rel. Tronci, Imp. Quinto P.M. Corasaniti (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Potenza, 14 novembre 2013)

Reati contro la fede pubblica – Delitti – Falsità in sigilli o strumenti o segni di autenticazione, certificazione o riconoscimento – Introduzione nello stato e commercio di prodotti con segni falsi – Illecito amministrativo previsto dall'art. 1, comma settimo, della l. n. 80 del 2005 – Concorso – Configurabilità – Ragioni

In tema di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi, il delitto di cui all'art. 474, c.p., concorre con l'illecito amministrativo previsto dall'art. 1, comma settimo, della l. n. 80 del 2005, che punisce l'acquirente finale di un prodotto con marchio contraffatto o comunque di origine e provenienza diversa da quella indicata, atteso che le fattispecie riguardano condotte diverse sotto il profilo strutturale e cronologico, tra le quali non si configura un rapporto di specialità.

Cass., sez. 5, sentenza 9 febbraio 2016, n. 6354 (dep. 16 febbraio 2016) Rv. 266010

Pres. Lapalorcia, Rel. Pistorelli, Imp. Brunetti, P.M. Di Leo (Diff.) (Rigetta, App. Milano, 20 aprile 2015)

Reati contro la pubblica amministrazione – Delitti – Dei privati – Abusivo esercizio di una professione – Attività di naturopata – Assenza del titolo di dottore in medicina e dell'abilitazione professionale – Atti di diagnosi, profilassi e cura di patologie con tecniche e metodi omeopatici o naturopati – Sussistenza del reato

Il naturopata, privo della laurea in medicina e della relativa abilitazione professionale, risponde del reato di esercizio abusivo della professione, previsto dall'art. 348 c.p., allorché svolga gli atti tipici riservati alla professione medica, quali la diagnosi, la profilassi e la cura (In motivazione la Corte di cassazione ha precisato che, ai fini della configurabilità del reato, sono irrilevanti sia la circostanza che il soggetto agente non si presenti come medico, ma come esercente un'attività alternativa a quella della medicina tradizionale, sia lo svolgimento di tali attività con tecniche o metodi non tradizionali, come quelli omeopatici o naturopati).

Cass., sez. 6, sentenza 26 gennaio 2016, n. 8885 (dep. 03 marzo 2016) Rv. 265840

Pres. Conti, Rel. Fidelbo, Imp. La Tona, P.M. Di Leo (Diff.) (Rigetta, App. Palermo, 09 aprile 2015)

Reati contro l'ordine pubblico – Delitti – Associazione per delinquere – In genere – Pluralità di associazioni per delinquere – Applicabilità della continuazione – Condizioni

In tema di continuazione, qualora sia riconosciuta l'appartenenza di un soggetto a diversi sodalizi criminosi, è possibile ravvisare il vincolo della continuazione tra i reati associativi solo a seguito di una specifica indagine sulla natura dei vari sodalizi, sulla loro concreta operatività e sulla loro continuità nel tempo, avuto riguardo ai profili della contiguità temporale, dei programmi operativi perseguiti e del tipo di compagine che concorre alla loro formazione, non essendo a tal fine sufficiente la valutazione della natura permanente del reato associativo e dell'omogeneità del titolo di reato e delle condotte criminose.

Cass., sez. 6, sentenza 9 febbraio 2016, n. 6851 (dep. 22 febbraio 2016) Rv. 266106

Pres. Paoloni, Rel. Ricciarelli, Imp. P.G. in proc. Malorgio e altri, P.M. Loy (Parz. Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Lecce, 28 aprile 2015)

Stupefacenti – In genere – Rideterminazione della pena – Droghe cosiddette "leggere" – Sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 – Reviviscenza dell'originario trattamento sanzionatorio – Giudice di appello o di rinvio – Criteri – Canoni di cui all'art. 133 c.p.

In tema di stupefacenti, il giudice di appello o di rinvio che procede alla rideterminazione della pena in applicazione della disciplina più favorevole determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, con riferimento al trattamento sanzionatorio originariamente previsto dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 per le cosiddette "droghe leggere", deve tenere conto dei parametri di cui all'art. 133 c.p. e rivalutarli in relazione ai nuovi limiti edittali, con il solo limite costituito dal divieto di sovvertire il giudizio di disvalore espresso dal precedente giudice. (In motivazione la Corte di cassazione ha escluso che, in sede di rideterminazione, il giudice debba seguire un criterio proporzionale di tipo aritmetico correlato alla pena calcolata prima della declaratoria di incostituzionalità).

Cass., sez. 6, sentenza 9 febbraio 2016, n. 6850 (dep. 22 febbraio 2016) Rv. 266105

Pres. Paoloni, Rel. Ricciarell, Imp. L'Astorina, P.M. Loy (Diff.)

(Dichiara inammissibile, App. Bologna, 12 febbraio 2015)

CODICE PENALE

Causa di non punibilità: tenuità del fatto procedimenti in corso – Applicabilità

(art. 131-*bis* c.p.)

La causa di non punibilità del fatto ha natura sostanziale per cui la stessa può applicarsi ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del decreto. Ne consegue che è corretta la richiesta formulata dal P.M. che richiede l'archiviazione per tenuità del fatto a seguito dell'entrata in vigore del decreto. (sul punto cfr. Cass. sez. III n. 15449 dell'8/4/2015).

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, ordinanza 12 aprile 2016, n. 2908

Causa di non punibilità: iscrizione nel casellario giudiziale – Previsione

(art. 131-*bis* c.p.)

*Ai sensi dell'art. 3 c.1 lett. f) del d.P.R. n. 331/2002, come novellato dal d.lgs. n. 28/2015, vanno iscritti per estratto nel casellario giudiziale: " f) i provvedimenti giudiziari definitivi che hanno prosciolto l'imputato o dichiarato non luogo a procedere per difetto di imputabilità, o disposto una misura di sicurezza, nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis *c.p.". La dizione normativa nel fare riferimento ai "provvedimenti giudiziari" che riscontrando la tenuità del fatto dichiarino la non punibilità dell'interessato, ricomprende anche i decreti di archiviazione emessi, nella fase delle indagini preliminari, all'esito del procedimento garantito previsto dal novellato art. 411 c.p.p. Le ragioni a sostegno di tale opzione ermeneutica riposano anzitutto nella* ratio *dell'innovazione legislativa, intesa a tenere traccia nel casellario giudiziale di un provvedimento favorevole (non punibilità) emesso non già per insussistenza di elementi di colpevolezza bensì per la tenuità dei fatti: e siccome la tenuità è esclusa dall'"abitualità" della condotta è necessario che ogni successiva valutazione dell'A.G. possa intervenire a ragion veduta, scandagliando la storia giudiziaria dell'indagato al fine di escludere sintomi di abitualità/recidivanza per fatti che di per sè tenui, perderebbero,* ope legis*, tale caratteristica (cfr. art. 131-*bis *c. IV c.p.: "la punibilità è esclusa quando il comportamento ....risulta non abituale"). Ed anzi, ove l'A.G. non avesse a disposizione i dati ricavabili dal casellario giudiziale, l'indagato avrebbe la certezza di poter commettere – e nuovamente – identici fatti di per sè ritenuti tenui, confidando nella successiva non punibilità attesa l'assenza, nel casellario, di ogni traccia delle precedenti declaratorie di non punibilità. La "*ratio legis*", del resto, è ancor più evidente se si pensa al punto di vista della p.o. dal fatto -reato ipoteticamente tenue: anch'essa deve poter interloquire con cognizione di causa con l'A.G. eventualmente proponendo opposizione laddove riscontri (e tale dato non potrebbe che essere ricavato, con certezza, dal certificato del casellario) l'abitualità della condotta. Si spiega anche da questo punto di vista, la scelta del legislatore di prevedere l'iscrizione nel casellario anche dei provvedimenti che dichiarano la non punibilità.*

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, ordinanza 12 aprile 2016, n. 2908

Cause di non punibilità: iscrizione nel casellario giudiziale – Provvedimenti definitivi – Decreto di archiviazione – Previsione

(art. 1 c. 3 c.p.)

Il decreto di archiviazione per "tenuità del fatto" va iscritto per estratto, nel casellario giudiziale. Non è decisivo, in senso contrario, obiettare che il citato articolo 1 c. 3 fa riferimento ai provvedimenti giudiziari "definitivi", tra i quali non potrebbe ricomprendersi il decreto di archiviazione, la cui natura, precaria, non avrebbe attitudine a passare in giudicato, a fronte dell'eventuale riapertura delle indagini. Ed invero, dal punto di vista sintattico/letterale l'aggiunta operata dal Legislatore (nonché quelli...) fa dubitare di ciò, poiché tale proposizione, legata alla precedente dalla congiunzione "nonché", crea un distinguo fra i provvedimenti giudiziari richiamati nel primo periodo e i successivi, permettendo di sostenere che con l'espressione"quelli che hanno dichiarato la non punibilità" il legislatore non abbia richiesto anche il carattere della definitività. Ciò trova conferma in quanto disposto dal novellato art. 5 lett. d) bis, in tema di eliminazione delle iscrizioni, laddove si fa riferimento ai "provvedimenti giudiziari che hanno

*dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis *c.p., trascorsi dieci anni dalla pronuncia" senza alcun riferimento alla definitività, laddove nella precedente lettera c), relativa ai provvedimenti di proscioglimento o di non luogo a procedere, è previsto che il* dies a quo *del termine decennale per l'eliminazione decorre "dal giorno in cui il provvedimento è divenuto irrevocabile o, nel caso di non luogo a procedere, dal giorno in cui è scaduto il termine per l'impugnazione", specificazione, questa, omessa per i provvedimenti che hanno dichiarato la non punibilità, laddove il termine decennale trova decorrenza dalla data della pronuncia, ancorché non definitiva. E ciò va a confermare il dato che l'iscrizione nel casellario non necessita della definitività, come del resto, secondo la definizione dell'art. 2 lett. f) del d.P.R. cit, "provvedimento giudiziario" è la sentenza, il decreto penale ed ogni altro provvedimento emesso dall'autorità Giudiziaria. Ulteriore indice sistematico che conferma tale opzione ermeneutica è costituito dall'art. 3 lett. i* bis *d.lgs che prescrive l'iscrizione nel casellario dell'"ordinanza che ai sensi dell'articolo 464* quater *c.p.p. dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova"; ulteriore ipotesi di iscrizione di un provvedimento giudiziario non definitivo***.**

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, ordinanza 12 aprile 2016, n. 2908

Corruzione: idoneità della offerta – Giudizio *ex ante*

(art. 322 c.p.)

Per la configurabilità del reato di cui all'art. 322 co. 2 c.p., è sufficiente l'idoneità secondo un giudizio ex ante, *ad indurre il p.u. a compiere un atto contrario ai propri doveri di ufficio ed essendo assolutamente irrilevante la realizzazione o meno del fine. E' sufficiente infatti, la semplice offerta o promessa, purché sia caratterizzata da adeguata serietà e sia in grado di turbare psicologicamente il p.u., sì che sorga il pericolo che lo stesso l'accetti. L'idoneità dell'offerta deve essere valutata con giudizio* ex ante, *sicché il reato può essere escluso solo se manchi l'idoneità potenziale dell'offerta a conseguire lo scopo perseguito dall'autore, non rilevando a tale proposito la tenuità della somma di denaro offerta, che in ogni caso non si connoti dei caratteri della assoluta risibilità.*

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 11 aprile 2016, n. 1258, Pres. Est. Minauro

Lesioni: malattia – Nozione

(art. 582 c.p.)

Ai fini del perfezionamento del delitto in esame, alla stregua del consolidato orientamento giurisprudenziale, il concetto di malattia deve essere inteso come comprensivo di qualsivoglia alterazione, anatomica o funzionale, dell'organismo, ancorché lieve e circoscritta, che comporti un processo di reintegrazione, sia pure di breve durata, della salute della vittima. E' stato, in particolare, sostenuto in giurisprudenza che anche la contusione escoriata può essere ricondotta al genus *della malattia, perché "ledendo, sia pure superficialmente, il tessuto cutaneo, non si esaurisce in una semplice sensazione dolorosa, ma importa un'alterazione patologica dell'organismo. Nello stesso ordine di idee, la S.C. ha più volte affermato che anche le alterazioni anatomiche di minima rilevanza, quali gli ematomi, le ecchimosi o le contusioni, vanno ricompresi nel novero delle "malattie" e dunque sussunte nella previsione dell'art. 582 c.p.*

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 2 marzo 2016, n. 732, Pres. Critelli, Est. Tirone

Peculato: elementi costitutivi

(art. 314 c.p.)

Il delitto di cui all'art. 314 c.p. (peculato) sanziona *la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che si appropria di denaro o cosa mobile altrui di cui ha il possesso in ragione del suo ufficio o servizio. L'appropriazione della "*res*" da parte del pubblico ufficiale integra il reato anche quando non arreca, per qualsiasi motivo, danno patrimoniale alla P.A., poiché è comunque lesiva dell'ulteriore interesse tutelato dalla norma incriminatrice che si identifica nella legalità, imparzialità e buon andamento del suo operato (cfr. Cass. pen. sez. 6, sentenza n. 26476 del 09/06/2010). E'giurisprudenza consolidata che la condotta del pubblico ufficiale che omette o ritarda di versare ciò che ha ricevuto per conto della pubblica amministrazione è inadempiente all'obbligo di consegnare il denaro al suo legittimo proprietario sicché la sottrazione della "*res*" alla disponibilità della pubblica amministrazione integra l'appropriazione sanzionata dall'art. 314 c.p. intesa come interversione del titolo di possesso (cfr. Cass. sez. 6, sentenza n. 10020 del 03/10/1996 Ud. dep. 22/11/1996, Rv. 206364 Conformi sez. 6, sentenza n. 18161 del 05/04/2012 Rv. 252639).L'elemento oggettivo del reato di peculato è infatti costituito esclusivamente dall'appropriazione, la quale si realizza con una condotta del tutto incompatibile con il titolo per cui si possiede, da cui deriva una estromissione totale del bene dal patrimonio dell'avente diritto con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell'agente. Sul piano dell'elemento soggettivo, il dolo richiesto è quello generico e consiste nella coscienza e volontà dell'azione in specie del trattenimento delle somme incassate appartenenti alla P.A. non occorrendo l'ingiusto profitto poiché nel peculato, trattandosi di reato plurioffensivo, l'appropriazione del denaro o della cosa mobile da parte del pubblico ufficiale già integra il superamento dei limiti assegnati dalla legge penale al possesso da parte di questi (cfr. Cass. sez. 6, sentenza n. 8009 del 10/06/1993 dep. 24/08/1993 Rv. 194922). Dunque, è richiesto il mutamento dell'atteggiamento psichico*

dell'agente nel senso che alla rappresentazione di essere possessore della cosa per conto di altri succede quella di possedere per conto proprio (cfr. Cass. sez. 6, sentenza n. 381 del 12/12/2000 dep. 18/01/2001 Rv. 219086).

Tribunale Napoli, sez. I, sentenza 1 marzo 2016, n. 3664, Pres. Pellecchia, Est. Bottillo

Peculato: attenuante della lieve entità di cui all'art. 323-*bis* c.p. - Applicabilità - Presupposti - Differenze e rapporti con l'attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p.

(art. 323-*bis* c.p. - 62 n. 4 c.p.)

Trattandosi di una circostanza attenuante speciale che concerne la particolare tenuità del fatto nel suo insieme ed involge una valutazione complessiva delle concrete modalità di realizzazione del fatto, è legittimo il diniego di tale attenuante anche nel caso in cui sia stata riconosciuta quella di cui all'art.62 n. 4 c.p. in quanto mentre essa si riferisce al fatto di reato nella sua globalità, e quindi ai tradizionali elementi della condotta, dell'elemento psicologico e dell'evento, complessivamente considerati, la seconda prende in esame il solo aspetto del danno o del lucro che deve essere connotato da speciale tenuità (cfr. Cass. sez. 6, sentenza n. 7919 del 22/02/2012 Ud. dep. 29/02/2012 Rv. 252432 Imputato: Cinardo. Conformi: n. 3431 del 1990 Rv. 190236, N. 2620 del 1996 Rv. 208675). Qualora poi sia riconosciuta la circostanza attenuante speciale di cui all'art. 323 bis *c.p. esclusivamente in ragione della esiguità del danno economico cagionato dal reato, in essa rimane assorbita quella del danno patrimoniale di speciale tenuità di cui all'art. 62 n. 4 c.p. (cfr. Cass. sez. 6, sentenza n. 34248 del 09/06/2011Ud. dep. 16/09/2011 Rv. 250837). Ne consegue che in base alla connotazione del fatto in termini di non lieve entità deriva, può essere negata l'attenuante di cui all'art. 323* bis *c.p. pur in presenza di un danno patrimoniale di tale esiguità da imporre viceversa l'applicazione della attenuante di cui all'art. 62 c.p. n. 4.*

Tribunale Napoli, sez. I, sentenza 1 marzo 2016, n. 3664, Pres. Pellecchia, Est. Bottillo

Ricettazione: elementi costitutivi - Accertamento giudiziale - Prova logica - Ammissibilità

(art. 648 c.p.)

Si premette, quanto al delitto di cui all'art. 648 c.p., esso richiede che l'imputato acquisti o, comunque, riceva cose di provenienza delittuosa al fine di trarne profitto. Pertanto, elemento essenziale per la configurabilità del reato sotto il profilo materiale è l'acquisto del possesso di tali cose di illecita provenienza (delitto presupposto), mentre, sotto il profilo dell'elemento psicologico, è necessario che l'imputato sia consapevole della provenienza delittuosa del bene in suo possesso. A tal fine il giudice di merito è tenuto ad indagare se, date le particolari modalità del fatto, l'agente poteva, all'atto della ricezione, acquisto od occultamento del bene, aver raggiunto la certezza della sua illecita provenienza e,dunque, dell'anteriorità di un reato commesso da altri. È orientamento maggioritario della Corte di Cassazione che, in tema di ricettazione, non è necessario l'accertamento giudiziale della commissione del delitto presupposto, né dei suoi autori, né dell'esatta tipologia del reato, potendo il giudice affermarne l'esistenza attraverso prove logiche (cfr. tra le altre Cass. sez. 2, sentenza n. 10101 del 15/01/2009 Ud. dep. 06/03/2009 Rv. 243305).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 29 febbraio 2016, n. 3620

Ricettazione: elemento soggettivo - Giustificazione non implausibile del possesso - Accertamento del giudice - Onere - Sussistenza

(art. 648 c.p.)

*Quanto all'elemento psicologico della ricettazione, esso può essere integrato anche dal dolo eventuale, che è configurabile in presenza della rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto e della relativa accettazione del rischio, sebbene non possa desumersi da semplici motivi di sospetto, né potendo consistere in un mero sospetto (diversamente configurandosi la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 712 c.p.). Esso è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto la certezza (cfr. Cass. sez.un., sentenza n. 12433 del 26/11/2009 dep. 30/03/2010 Rv. 246324). Dunque, nella ricettazione la condotta si esaurisce nella ricezione, acquisto o occultamento della res di provenienza delittuosa. E la prova dell'elemento soggettivo può essere raggiunta anche sulla base dell'assenza di qualsivoglia giustificazione circa la derivazione del bene ovvero sulla omessa o non attendibile indicazione della provenienza della cosa ricevuta, rilevando il possesso non giustificato del bene di illecita origine. Tuttavia, in presenza di una giustificazione non implausibile del possesso della "*res*" è onere del giudice verificare in concreto la fondatezza di questa nel contesto del comportamento tenuto dall'agente. (Cass. sez. 2, sentenza n. 50952 del 26/11/2013 Ud. dep. 17/12/2013 Rv. 257983).*

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 29 febbraio 2016, n. 3620

Ricettazione: finalità della condotta criminosa - Prova della conoscenza della provenienza delittuosa - Accertamento - Criteri

(art. 648 c.p.)

La finalità della condotta criminosa, sostanziatasi nella ricezione della res *di provenienza delittuosa, è quella di procurare a sé o ad altri un generico profitto: spesso attraverso "l'uso" della cosa secondo la sua ordinaria destinazione, ovvero anche attraverso la sua ricollocazione nel mercato. Di conseguenza, nel delitto di ricettazione la prova della conoscenza della provenienza delittuosa del bene in possesso può essere raggiunta anche solo sulla base della relazione fattuale tra quest'ultima e il possessore, rilevando anche l'omessa o non attendibile indicazione circa la provenienza della cosa ricevuta, la quale è sicuramente rivelatrice della volontà di occultamento, logicamente spiegabile con un acquisto in mala fede.*

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 29 febbraio 2016, n. 3620

Ricettazione: attenuante lieve entità – Parametri – Valutazione – Modalità

(art. 648 co. 2 c.p.)

Con riferimento alla *ricettazione di titoli di credito, mentre i moduli per assegni bancari sono in sé privi di rilevanza economica non potendo formare oggetto di alcun negozio, diversamente, laddove si sia in presenza di un assegno già formato e compilato, la natura di titolo di credito e le obbligazioni in esso consacrate fanno assumere all'assegno i sicuri connotati di un "bene", dal valore economicamente apprezzabile anche agli effetti del danno patrimoniale causato dalla commissione del reato. Ne consegue che, in tema di assegni bancari e circolari compilati, l'aspetto patrimoniale è uno dei parametri per il riconoscimento dell'attenuante di cui al'art.648 comma 2 c.p., dovendosi valutare tutte le circostanze del fatto quanto alla marginalità, occasionalità e modestia dell'importo, ovvero al "modus operandi" e reiterazione delle condotte criminose. (cfr. Cass. sez. 2, sentenza n. 31169 del 01/06/2006; sez. 6, sentenza n. 4067 del 19/11/1997 Rv. 210208; sentenza N. 7610 del 1995 Rv. 202295). Nel caso in esame, l'entità non modesta delle somme indicate sui titoli in rapporto alle modalità e circostanze dell'azione apprezzata nel suo complesso, escludono che si versi nell'ipotesi attenuata di cui all'art. 648 comma 2 c.p.*

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 29 febbraio 2016, n. 3620

Sottrazione di minori: diritto di visita del padre a figlio minore – Non ottemperanza da parte della madre – Sussistenza del reato

(art. 574 c.p.)

La condotta della madre che non ottemperi con coscienza e volontà, ai provvedimenti del Tribunale civile che prevedono il diritto di visita del padre alla minore, integra anche la fattispecie di cui all'art 574 comma 1 c.p. sostanziandosi nell'impedimento dell' esercizio delle varie e diverse manifestazioni della potestà genitoriale del padre figlia (assistenza e cura, affettività, funzione educativa etc.). Inoltre il comportamento della madre,prima ancora di ledere il diritto del padre all'esercizio della potestà genitoriale, riconosciuto peraltro dal Tribunale civile, in modo assolutamente paritetico a quello della madre, laddove è stato disposto l'affido condiviso della minore, lede il diritto della figlia minore ad avere un rapporto con il padre.

Tribunale Nola, G.M. Cervo, sentenza 14 luglio 2015, n. 2136

Truffa: consegna di assegno bancario postdatato – Artificio – Configurabilità – Mancata diligenza della p.o. – Irrilevanza

(art. 640 c.p.)

Integra il delitto di truffa la consegna in pagamento, all'esito di una transazione commerciale, di un assegno di conto corrente bancario postdatato, qualora vengano contestualmente fornite al prenditore rassicurazioni circa la disponibilità futura della necessaria provvista finanziaria (cfr. Cass. sez. 2, sentenza n. 33441 del 21/07/2015Ud. dep. 29/07/2015 Rv. 264236 imputato: Del Gaudio Conformi: N. 28752 del 2010 Rv. 247866 Imputato Zanni). Infatti, pur se il pagamento con assegni di conto corrente postdatati e privi di copertura non costituisce in sé raggiro idoneo a trarre in inganno il soggetto passivo, è tuttavia condotta che concorre ad integrare l'elemento materiale del reato, qualora sia accompagnato da un quid pluris*, ovverossia da un malizioso comportamento dell'agente nonché da fatti e circostanze idonei a determinare nella vittima un ragionevole affidamento sul regolare pagamento dei titoli, sul buon esito dei titoli e sull'apparente onestà delle intenzioni del soggetto attivo (cfr. in tal senso Cass. sez. 2, sentenza n. 10850 del 20/02/2014 ud. dep. 06/03/2014 Rv. 259427 Imputato: Montesanti Conformi: N. 4002 del 1972 Rv. 121240, N. 46890 del 2011 Rv. 251452). E non ha rilievo la mancanza di diligenza da parte della persona offesa, dal momento che tale circostanza non esclude l'idoneità del mezzo, risolvendosi in una mera deficienza di attenzione spesso determinata dalla fiducia ottenuta con artifici e raggiri e con una condotta idonea a creare falsi convincimenti e a far assumere una obbligazione che altrimenti non sarebbe stata assunta dal soggetto passivo (cfr. Cass. sez. 2, sentenza n. 42941 del 25/09/2014 Ud. dep. 14/10/2014 Rv. 260476 Imputato: P.G. in proc. Selmi. Conformi: N. 17202 del 1989 Rv. 182775, n. 40011 del 1993 Rv. 193929, n. 11441 del 1999 Rv. 214868, n. 13624 del 2003 Rv. 224495, n. 34059 del 2009 Rv. 244948).*

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 29 febbraio 2016, n. 3620

Dibattimento: rinvio del processo per impedimento dell'imputato o difensore – Concomitante presenza di fatti legittimanti il rinvio – Prevalenza di esigenza istruttoria – Sospensione del termine di prescrizione – Esclusione

(art. 420 c.p.p. - 159 c.p.)

I rinvii o le sospensioni del dibattimento richiesti dall'imputato o dal difensore implicano la sospensione dei termini di prescrizione ogni qualvolta siano disposti per il mero impedimento dell'imputato o del suo difensore, ovvero su loro richiesta volontaria e non anche quando siano determinati da esigenze preminenti di acquisizione della prova o dal riconoscimento di un termine a difesa (cfr. Cass. sez.un., 28.11.2001 n. 1021, Cremonese). Nel caso, poi, di concomitante presenza di due fatti legittimanti il rinvio del dibattimento, l'uno riferibile all'imputato o al difensore, l'altro ad esigenze di acquisizione della prova o di natura processuale, deve ritenersi la predominante valenza della esigenza istruttoria sicché è preclusa l'operatività del disposto dell'art.159 c.p. (cfr. Cass. sez. 5, sentenza n. 49647 del 02/10/2009 Imputato: Delli Santi).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 4 aprile 2016, n. 6162

Patteggiamento: riproposizione della richiesta – Termini e condizioni

(art. 444 - 448 c.p.p.)

La richiesta di patteggiamento può essere reiterata nella fase degli atti preliminari al dibattimento del giudizio direttissimo anche se articolata in termini diversi da quella presentata in precedenza e che sia stata rigettata da altro giudice o sulla quale il p.m. non abbia espresso il consenso. La richiesta è ripetibile fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Invero da nessuna norma può desumersi la non proponibilità dell'anzidetta richiesta mentre, al contrario, in via analogica, la possibilità di riproporla si ricava dal disposto del comma quarto dell'art. 446 c.p.p., che consente la ripetizione del consenso alla parte che in precedenza l'aveva negato, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Sul punto infatti la S.c. ha chiarito che il termine rinnovare di cui all'art. 448 c.p.p. c. 1, secondo periodo non può essere interpretato nel senso che la riproposizione della richiesta di patteggiamento sia formulata in termini identici ad altra precedente, ma evoca il significato di "nuova richiesta", secondo quanto osservato anche dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 426/2001.

Tribunale Nola, coll. B), sentenza 10 febbraio 2016, n. 03, Pres. Critelli, Est. Di Petti

Valutazione della prova: dichiarazioni di soggetti imputati e persone offese in danno reciproco nel medesimo procedimento – Attendibilità – Norma di riferimento

(art. 192 c.p.p. - 210 c.p.p.)

Nel caso in cui un soggetto è imputato e persona offesa contemporaneamente nell'ambito del medesimo procedimento, in presenza di ipotesi di reati collegati, lo stesso deve essere escusso con le garanzie previste dall'art 210 c.p.p. L'ipotesi di collegamento tra reati rappresentata dalla commissione di reati da parte di più persone in danno reciproco le une delle altre, collocata, a seguito della modifica dell'art. 371 c.p.p. ad opera della L. n. 63 del 2001, art. 1, comma 5 nella lett. b, era, in precedenza contemplata, dalla lett. A). Tale mutato assetto normativo ha necessariamente comportato, tra l'altro, il superamento dell'indirizzo giurisprudenziale di legittimità che, poiché in tali casi la condizione di persona offesa concorre con quella di imputato di reato collegato, la qualità di testimone avrebbe dovuto sempre prevalere in sede di escussione. In tali situazioni ed in adesione a quanto sancito dalla Suprema Corte di cassazione la riconducibilità di reati commessi da imputato e persona offesa in danno reciproco l'uno dell'altra all'interno dell'ipotesi espressamente menzionata dall'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b) debba condurre ad escludere la possibilità di esaminare la persona offesa suddetta quale testimone "puro e semplice" a patto che i reati tuttavia siano stati consumati negli stessi contesti spaziali e temporali. (Cfr Cass sentenza n. 26409 del 2013). Discende dunque che le dichiarazioni rese dai predetti soggetti escussi ai sensi dell'art. 210 c.p.p. debbano essere valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità, ai sensi dell'art 192 co. 3 cp.p.

Tribunale Nola, G.M. Cervo, sentenza 19 gennaio 2016, n. 136

Valutazione della prova: testimonianza della persona offesa – Credibilità ed attendibilità – Riscontri – Necessità

(art. 192 c.p.p.)

Secondo l'orientamento della S. C. - sez. 3, n. 34110 del 27 aprile 2006 - in tema di valutazione della testimonianza della persona offesa dal reato afferma che le dichiarazioni della stessa vanno vagliate con opportuna cautela, compiendone un esame penetrante e rigoroso, atteso che tale testimonianza può essere assunta da sola quale fonte di prova unicamente se sottoposta ad un riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva, senza peraltro che ciò implichi la necessità di riscontri esterni. Va subito ribadito al riguardo che, dal citato insegnamento della S.C., è consequenziale

inferire che, nel vigente ordinamento, il concetto di "credibilità", che deve contrassegnare la testimonianza, va tenuto concettualmente e sostanzialmente distinto da quello di "attendibilità", che invece deve assistere la dichiarazione del chiamante in correità, rispetto alla quale la necessaria presenza dei riscontri costituisce un dato ineludibile. Il Legislatore dal presupposto della inaffidabilità probatoria delle sole dichiarazioni sul fatto altrui del coimputato o dell'imputato in un procedimento connesso, impone (art. 192 co. 3 c.p.p.) che le stesse debbano essere valutate insieme agli altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, ovvero che siano assistite da riscontri individualizzanti. Invece, dal contrario presupposto della attendibilità in via generale riconosciuta alla deposizione resa al dibattimento dal testimone, il Legislatore richiede nell'art. 194, co. 2, nell'art. 236, co. 2 e, quel che più importa, nell'art. 500, co. 2 c.p.p. che le dichiarazioni dei testi, per essere positivamente probatoriamente utilizzate, oltre che avere ad oggetto fatti di diretta cognizione e specificamente indicati, solo la "credibilità" delle stesse non essendo indispensabili i riscontri esterni.

Tribunale Nola, G.M. Cervo, sentenza 19 gennaio 2016, n. 136

LEGGI PENALI SPECIALI

Armi: detenzione e porto illegale – Assorbimento

(l. 497/74)

Il reato di detenzione è assorbito in quello di porto illegale solo quando l'azione del detenere l'arma inizi contestualmente a quella di portare la medesima in luogo pubblico e vi sia la prova che l'arma non sia stata in precedenza detenuta.

Tribunale Nola, coll. A), sentenza 7 gennaio, 2016, n. 5, Pres. Gentile, Est. Imparato

Armi: detenzione e ricettazione – Concorso di reati – Previsione

Sussiste il concorso tra il delitto di detenzione di arma clandestina e quello di ricettazione, pur quando il delitto presupposto della ricettazione sia quello di alterazione dell'arma medesima, e tra la detenzione ed il porto di arma comune da spero e la detenzione e il porto di arma clandestina, essendo diversi sia la condotta dell'agente che 'interesse protetto dalle rispettive norme incriminatrici.

Tribunale Nola, coll. A), sentenza 7 gennaio, 2016, n. 5, Pres. Gentile, Est. Imparato

Edilizia: assenza permesso a costruire – Prescrizione – Decorrenza – Ultimazione dei lavori – Nozione – Permanenza – Presupposti

(art. 44 d.P.R. 380/11)

Il reato contravvenzionale di costruzione abusiva, in assenza *di permesso a costruire di cui all'art. 44 lett. B) d.P.R. 2011/380, ha natura permanente tale che la prescrizione comincia a decorrere dalla cessazione della permanenza stessa ai sensi dell'art. 158 c.p., che si verifica o con la totale sospensione dei lavori -sia essa volontaria o dovuta a provvedimento autoritativo quale il sequestro-, ovvero con il completamento ed ultimazione dell'opera o, infine, con la sentenza di condanna in primo grado nel caso di prosecuzione dei lavori successivamente all'accertamento (Cass. pen. sez. VI n. 9617/92). La permanenza del reato di edificazione abusiva termina,con conseguente consumazione della fattispecie,o nel momento in cui, per qualsiasi causa volontaria o imposta, cessano o vengono sospesi i lavori abusivi, ovvero, se i lavori sono proseguiti anche dopo l'accertamento e fino alla data del giudizio, in quello della emissione della sentenza di primo grado (cfr. Cass. sez. 3, sentenza n. 29974 del 06/05/2014 Cc. dep. 09/07/2014 Rv. 260498 Massime precedenti Conformi: n. 38136 del 2001 Rv. 220351).In altri termini, il reato urbanistico ha natura di reato permanente la cui consumazione ha inizio con l'avvio dei lavori di costruzione e perdura fino alla cessazione dell'attività edificatoria abusiva (vd. sez. un. n. 17178, 8 maggio 2002). È stato precisato dalla giurisprudenza di legittimità (cfr.* ex plurimis *sez. 3, n. 38136, 24 ottobre 2001) che la cessazione dell'attività si ha con l'ultimazione dei lavori per completamento dell'opera, con la sospensione dei lavori volontaria o imposta o con la sentenza di primo grado se i lavori continuano dopo l'accertamento del reato e sino alla data del giudizio. Quanto alla nozione di ultimazione, è stato chiarito che l'ultimazione dei lavori coincide con la conclusione dei lavori di rifinitura interni ed esterni quali gli intonaci e gli infissi (cfr. sez. 3 n. 32969, 7 settembre 2005), anche per le parti che costituiscono annessi dell'abitazione (sez. 3, 27.1.2010, n. 8172, Vitali, m. 246221), laddove la particolare nozione di ultimazione contenuta nella l. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 31 che anticipa tale momento a quello della ultimazione della struttura, è funzionale ed applicabile solo in materia di condono edilizio e non anche per stabilire in via generale il momento consumativo del reato di costruzione in difetto di concessione (sez. 3, 3.6.2003, n. 33013, Sorrentino, m. 225553).*

È stato altresì precisato che le rifiniture interne ed esterne sono solo un sintomo del completamento dell'opera e quindi della cessazione dei lavori ben potendo ipotizzarsi, sia pur in casi marginali e eccezionali, che i lavori siano definitivamente cessati e la permanenza sia terminata, anche senza l'ultimazione, nel senso anzidetto, dell'opera

come, ad esempio, quando risulti l'ininterrotto utilizzo abitativo del bene comprovato dalla attivazione delle utenze necessarie (cfr. sez. 3, sentenza n. 29974 del 06/05/2014Cc. dep. 09/07/2014 Rv. 260498 Conformi: n. 38136 del 2001 Rv. 220351).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 4 aprile 2016, n. 6162

Edilizia: data di commissione del fatto – Incertezza – Termine decorrenza per causa estintiva – *Favor rei* – Applicabilità

(d.P.R. 380/11)

Laddove vi sia incertezza circa il tempus commissi delicti*, il termine di decorrenza della causa estintiva del reato va computato in quello più favorevole all'imputato atteso che il principio* in dubio pro reo *trova applicazione anche con riferimento alle cause di estinzione del reato (cfr. Cass. pen. sez. IV 2/10/2003 n. 37432; Cass. pen. sez. II 1/2/2005 n. 3292). Pertanto, qualora l'imputato adduca che l'opera sia stata eseguita in una specifica data ed il giudice non sia in grado – in base ad elementi specifici – di stabilire la prosecuzione dei lavori oltre tale data, va applicato il principio del "*favor rei*" (Cass. sez. 3 12783 del 06/12/1991 Ud. dep. 18/12/1991 Rv. 188746). In forza di tale principio e della sua costante applicazione in tema di prescrizione del reato, dunque, la decorrenza del termine prescrizionale deve essere riconnessa al dato temporale, tra quelli desumibili dalla vicenda storica, maggiormente risalente tale da consentire il maturarsi della prescrizione (cfr. sentenza cit. sez. 3, sentenza n. 29974 del 06/05/2014 Cc. dep. 09/07/2014 Rv. 260498).*

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 4 aprile 2016, n. 6162

Edilizia: omesso deposito degli atti progettuali al Genio Civile – Natura del reato

(T.U. Edilizia)

L'omesso deposito degli atti e progettuali al Genio Civile e la assenza di preventiva denunzia al Genio Civile prima dell'inizio dei lavori in zona classificata sismica, è una fattispecie contravvenzionale di natura istantanea (ora trasfusa negli artt. 93-95-64 e segg. T.U. Edilizia) che si perfeziona con l'inizio dei lavori senza il preventivo deposito degli atti progettuali al competente organo pubblico e senza la denunzia.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 4 aprile 2016, n. 6162

Edilizia: ordine di demolizione – Sentenza di prescrizione – Potere del giudice penale – Esclusione

(d.P.R. 380/11 - 157 c.p.)

La sanzione demolitoria dell'immobile e della relativa area di sedime la quale, pur costituendo espressione di un potere sanzionatorio autonomo e distinto rispetto all'analogo potere dell'autorità amministrativa che va disposto anche se è stata disposta l'acquisizione gratuita dell'opera abusiva al patrimonio del Comune (ferma restando la sola eccezione dell'adozione di una deliberazione consiliare, dichiarativa dell'esistenza di prevalenti esigenze pubbliche e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali cfr. Cass. ordinanza n. 47263 del 25/09/2014 Rv. 261213), esso può essere disposto dal giudice esclusivamente con la sentenza di condanna per costruzione in assenza della concessione edilizia o in totale difformità della stessa e non a fronte di una sentenza di estinzione dei reati urbanistici per prescrizione. atteso che tale ordine è una sanzione amministrativa di tipo ablatorio che trova la propria giustificazione nella sua accessorietà ad una sentenza di condanna (cfr. tra le altre Cass. sez. 3, sentenza n. 44245 del 18/10/2005 dep. 05/12/2005 Rv. 232648). L'ordine di demolizione ha, in ogni caso, carattere reale e ricade direttamente sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso, né la sua operatività può essere esclusa dalla alienazione a terzi della proprietà dell'immobile, con la sola conseguenza che l'acquirente potrà rivalersi nei confronti del venditore a seguito dell'avvenuta demolizione (Cassazione penale , sez. III, 11 maggio 2005, n. 37120). Conclusivamente, in caso di pronuncia di estinzione del reato urbanistico, l'immobile abusivo va dissequestrato e restituito all'avente diritto (cfr. Cass. sez. VI Penale sentenza 31 ottobre - 5 novembre 2013, n. 44638), essendo previsto che il giudice penale possa ordinare la demolizione dell'immobile solo in caso di emissione di sentenza di condanna.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo, sentenza 4 aprile 2016, n. 6162

Fallimento: omessa tenuta delle scritture contabili – Mancata consegna assorbimento

(art. 217 l. fall. – 220 l. fall.)

La previsione di cui all'art. 217 l. fall. che punisce l'omessa tenuta dei libri e delle scritture contabili, ricomprende in sé – come norma di più ampia portata la cui sanzione, più grave, ne esaurisce l'intero disvalore oggettivo e soggettivo – anche la previsione di cui agli artt. 220 e 16 n. 3 della medesima legge e ciò in quanto una volta accertata la mancata tenuta delle scritture risulta inesigibile l'obbligo, da queste ultime norme penalmente sanzionato, di consegna delle stesse al curatore fallimentare.

Tribunale Nola, coll. B), sentenza 24 febbraio 2016, n. 614, Pres. Critelli, Est. Tirone

Fallimento: infedeltà patrimoniale – Elementi costitutivi

(art. 2634 c.c.)

La fattispecie criminosa richiede, quale elemento oggettivo, il compimento da parte di amministratori, direttori generali e liquidatori di una società, ovvero il concorso nel deliberare, di atti di disposizione dei beni sociali al fine di procurare un ingiusto profitto con danno patrimoniale per la società stessa. Più in particolare, la Corte di Cassazione ha avuto modo di puntualizzare che "la fattispecie incriminatrice, contenuta nel cc è stata introdotta nell'ambito della più complessa riforma dei reati societari, allo scopo, da un lato, di ancorare la sanzionabilità delle infedeltà al principio di offensività e superare la criminalizzazione di scorrettezze formali caratterizzate da mero pericolo presunto, e da un altro, di ricollegare nel loro ambito naturale figure di reato non destinate in origine a tutelare il patrimonio sociale da condotte abusive ed uso improprio dei beni da parte degli amministratori, così prevenendone possibili applicazioni non conformi al principio di stretta legalità. La rimodulazione della materia degli illeciti societari, tuttavia, non esaurisce la tutela penale verso le aggressioni ai beni sociali da parte di soggetti qualificati, poiché resta ferma la rilevanza criminale di quelle condotte, che, non rientrando nella previsione della normativa speciale, risultano punibili secondo il diritto comune. Presupposto della condotta infedele sanzionata ai sensi dell'art. 2634 c.c. è per espressa previsione di legge, il conflitto di interessi fra amministratori, direttori generali o liquidatori e società, in altre parole, l'eccesso di potere per sviamento preesistendo il conflitto, è sanzionato l'atto di gestione (non rileva se avente ad oggetto beni mobili o immobili, diritti reali o di credito) che direttamente (per sè) o indirettamente (per altri) persegue l'interesse confliggente con detrimento di quello della società. Deve però affermarsi, al riguardo, in sintonia con la giurisprudenza di legittimità formatasi sul tema, che la condotta di bancarotta patrimoniale per distrazione prevista dalla l.fall.. art. 216, che esige una finalità di danno per i creditori, sia in rapporto di specialità reciproca con quella di infedeltà patrimoniale, prevista dall'art. 2634 c.c. che presuppone un conflitto di interessi da cui consegue un danno per la società ed esige una finalità di ingiusto profitto per l'agente o di vantaggio per i terzi. Sono del resto diversi gli interessi tutelati rispettivamente dalla l. fall. art. 216 destinato a tutelare i creditori sociali e dall'art. 2634 cc destinato a tutelare il patrimonio sociale; e questa diversità di oggetti giuridici spiega anche perché la seconda fattispecie sia punibile a titolo di bancarotta solo quando abbia determinato il dissesto, che finisce per incidere sulle ragioni dei creditori.

Tribunale Nola coll. C), sentenza 21 gennaio 2016, n. 190, Pres. Di Iorio, Est. Cervo

Stupefacenti: illegittimità costituzionale del'art. 73 – Effetti retroattivi – Applicabilità in sede esecutiva – Rideterminazione della pena solo del rest – Criteri

(art. 73 d.P.R. 309/90)

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 210/2013, ha affermato che la regola della intangibilità del giudicato non è assoluta ma può subire "flessioni" determinate dalla necessità di bilanciare il valore costituzionale del giudicato con «prevalenti opposti valori», in specie quello della libertà personale e di tale principio deve tenersi conto in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di norme le quali hanno effetti retroattivi sui rapporti giuridici pregressi in corso non ancora esauriti in modo definitivo od irreversibile. Coerentemente a tale principio, la giurisprudenza di legittimità ha precisato per un verso, che la "norma dichiarata incostituzionale" ricomprende anche le norme penali sostanziali diverse da quella incriminatrice che abbiano inciso sulla determinazione della pena mitigandone il trattamento sanzionatorio e che deve trovare applicazione l'art. 30 comma 4 della Legge n. 87/1953 secondo cui "quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali" (cfr. Cass. pen, sez. I, 22 dicembre 2014 dep. 30 dicembre 2014 n. 53793); per altro verso che, quanto agli effetti retroattivi dell'illegittimità costituzionale della norma penale sostanziale, detti effetti non trovano il limite del giudicato ma solo quello della totale espiazione della pena sicché fino a quando la pena è in corso di esecuzione, va rideterminata dal giudice in sede di esecuzione (vd. sentenze "Ercolano" – Cass., Sezioni unite Penali 24.10.2013 dep. 7.5.2014 n. 18821 e "Gatto" – Cass., Sezioni unite Penali 29.5.2014 dep. 14.10.2014 n. 42858).Invero, quando il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito gli effetti correlati alla norma dichiarata costituzional-mente illegittima debbono essere rimossi dal giudice dell'esecuzione cui spettano tutte le questioni inerenti al rapporto esecutivo (cfr. Sezioni unite. n. 4687 del 20 dicembre 2005).Tanto premesso, in tema di stupefacenti, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4 bis *e 4* vicies ter *del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, si è determinata la reviviscenza del previgente e più mite trattamento sanzionatorio dettato dal d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 con riferimento alle droghe cd."leggere". Pertanto, in sede esecutiva, il Giudice dell'Esecuzione è tenuto a procedere alla rideterminazione della sanzione inflitta.*

Tribunale Napoli, sez. I, ordinanza 15 marzo 2016, n. 209, Pres. Pellecchia, Est. Bottillo

Stupefacenti: declaratoria di incostituzionalità – Rideterminazione pena in fase esecutiva – Criteri
(art. 73 d.P.R. 309/90)

Nell'ipotesi di condanna per detenzione illecita di stupefacente rientrante tra le droghe "leggere" sulle quali ha inciso la declaratoria di incostituzionalità, deve procedersi alla rimodulazione del trattamento sanzionatorio al fine di rimuovere gli effetti – non ancora irreversibili – correlati al giudicato trattandosi di pena detentiva in corso di espiazione.

Tribunale Napoli, sez. I, ordinanza 15 marzo 2016, n. 209, Pres. Pellechia, Est. Bottillo

Diritto amministrativo

Reclutamento del personale presso la P.A.: reclutamento *speciale a regime*, artt. 30, 34, 34-*bis*, 35 del d.lgs. 165/2011 s.m.i.; *Aziende speciali*; procedure di mobilità; proroga della durata del contratto oltre i 36 mesi 434
di Francesco Rinaldi e Luigi Molvetti

Divieto per le P.A. di conferire incarichi ai soggetti "collocati in quiescenza": profili di possibile illegittimità costituzionale 441
di Giuliano Taglianetti

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)* 446
a cura di Almerina Bove con la collaborazione di Rita Garzarella

Francesco Rinaldi, Luigi Molvetti *
Avvocati

Reclutamento del personale presso la P.A.: reclutamento *speciale a regime*, artt. 30, 34, 34-*bis*, 35 del d.lgs. 165/2011 s.m.i.; *Aziende speciali*; procedure di mobilità; proroga della durata del contratto oltre i 36 mesi

abstract

Numerous possibilities of organization and, therefore, the personnel selection by a Public Administration, the implementation of which moves through the use of various recruitment procedures, among them often considerably different, so be sure to raise uncertainties about all actual scope of the principle of legality and legal reserve. In particular, it will focus, with the limits of a short survey on the relationship, in terms of 'above', including the recruitment procedures in ordinary and special regime to regime and inter entities mobility procedures, according to the legal provisions of Articles. 30, 34 and 34-bis (on mobility) and art. 35 (bankruptcy) of t.u.p.i. Issue that is likely to be further complicated when placed in relation to the legal nature of the Public Body that is set to make start the selection procedure, given the presence of some exclusionary forecasts some types of public bodies (v. In particular, the aforementioned art. 34-bis, para. 1, which refers exclusively to «general government in art. 1, para. 2 (...)» the TUPI) year, so, the question of the distinction between economic public bodies and not cheap. Will, also, briefly examined the controversial option to extend the service relationship beyond 36 months up to the admissions procedures to be implemented, in fact, according to the just now mentioned selective recruitment procedures.

keywords

Mobility procedures inter entities – Recruitment procedures in ordinary and special regime to regime – Extension of the service relationship beyond 36 months.

abstract

Numerose le possibilità di organizzazione e, dunque, di selezione del personale presso una Pubblica Amministrazione, la cui attuazione muove attraverso l'utilizzazione di varie procedure di reclutamento, tra di esse spesso considerevolmente diverse, tanto da non mancare di sollevare incertezze in merito all'effettiva portata del principio di legalità e della riserva di legge. In particolare, ci si soffermerà, con i limiti di una breve indagine, sulla relazione, in termini di «precedenza», tra le procedure di reclutamento a regime ordinario e speciale a regime e le procedure di mobilità inter enti, secondo le disposizioni normative di cui agli artt. 30, 34 e 34-bis (in materia di mobilità) e art. 35 (concorsuali) del t.u.p.i. Problematica, questa, destinata a complicarsi ulteriormente ove posta in relazione alla natura giuridica dell'Ente pubblico che si appresta a fare avvio alla procedura selettiva, attesa la presenza di alcune previsioni escludenti alcune tipologie di enti pubblici (v., in particolare, il citato art. 34-bis, co. 1, che fa esclusivo riferimento alle «amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2 (…)» del T.U.P.I.), riproponendosi, così, la questione della differenziazione tra enti pubblici economici e non economici. Verrà, altresì, brevemente esaminata la discussa possibilità di prorogare il rapporto di servizio oltre i 36 mesi sino alle procedure concorsuali da attuare, appunto, secondo le dianzi accennate procedure selettive di reclutamento.

parole chiave

Procedure di mobilità inter enti – Procedure di reclutamento a regime ordinario e speciale a regime – Proroga del rapporto di servizio oltre i 36 mesi.

sommario

1. L'art. 97 della Costituzione e la *funzione di organizzazione*: tra *principio di legalità* e «*concetto di accettazione*». – **2.** Procedure di reclutamento a regime *ordinario* e *speciale a regime* e procedure di *mobilità inter enti*. – **3.** Procedura di reclutamento *speciale a regime* (art. 35, co. 3-*bis*, T.u.p.i.) e *procedure di mobilità* (artt. 30 e 34, T.u.p.i.). – **4.** La proroga del *rapporto di servizio oltre il termine di 36 mesi*. – **5.** Il contratto di lavoro a tempo determinato presso la Pubblica Amministrazione e la proroga *assistita* e *pattizia*.

1. L'art. 97 della Costituzione e la *funzione di organizzazione:* tra *principio di legalità* e *«concetto di accettazione»*

Il complesso fenomeno in rassegna investe l'articolata problematica dell'*accesso* o, ove si preferisca, della *selezione* del *personale* presso la *Pubblica Amministrazione*. Tema, questo, che si caratterizza per l'ampiezza delle prospettive di disamina, per l'assenza di limiti nell'approccio allo studio delle problematiche ad esso inerenti e per la mancanza di confini circa le possibilità e le prospettive di *accesso* e *selezione*, dina-

* Il presente lavoro è frutto di una comune riflessione degli Autori, all'interno della quale è, tuttavia, possibile ricondurre a F. Rinaldi i parr. da 1 a 3 ed a L. Molvetti i parr. da 4 a 5.

miche esecutive ed evolutive della «*centralità dell'organizzazione*» all'interno dell'Amministrazione secondo la determinazione della Costituzione, che in soli due articoli fa espresso riferimento alla *Pubblica Amministrazione* (artt. 97 e 98 Cost.)[1]. Testimonianza anche dell'assenza di una «chiara analisi della realtà storica» dell'*Amministrazione Pubblica*, facendo riferimento al pensiero, seppur rivolto al diverso ambito *familiare*, di un illustre storico e deputato socialista, Paolo Ungari[2].

Numerose le possibilità di *organizzazione* del *personale pubblico*, la cui attuazione muove attraverso l'utilizzazione di varie *procedure di reclutamento*, tra di esse spesso considerevolmente diverse, tanto da non mancare di sollevare incertezze in merito all'effettiva portata del *principio di legalità* e della *riserva di legge*[3].

L'ampiezza degli interessi e delle problematiche inerenti, come dianzi accennato, rendono necessario, anche al fine di rendere l'indagine efficace, soffermare l'attenzione su alcune questioni manifestatesi, più di recente, in ordine ai diversi *regimi* di *reclutamento* in conseguenza della riforma del *Pubblico Impiego* e, segnatamente, per effetto delle disposizioni normative di cui agli artt. 30, 34, 34-*bis* e 35 del d.lgs. n. 165 del 2001 e smi, meglio noto come *Testo Unico sul pubblico impiego* (per brevità, di seguito, T.u.p.i.).

In particolare, ci si soffermerà, con i limiti di una breve indagine, sulla relazione, in termini di «*precedenza*», tra le procedure di reclutamento a regime *ordinario* e *speciale a regime* e le procedure di *mobilità inter enti*, secondo le citate disposizioni normative del T.u.p.i.; nonché sulla possibilità di *prorogare* il *rapporto di servizio oltre i 36 mesi* sino alle procedure concorsuali da attuare, appunto, secondo le dianzi accennate procedure *selettive* di reclutamento.

Questioni *organiche* e *funzionali*, queste, nell'ambito delle quali sembra possibile cogliere, in una dimensione di più ampio respiro, il contemporaneo manifestarsi di dinamiche proprie del *diritto statuale* e del *diritto sociale*[4]. Relazione, questa, destinata a rendere contrapposte le disposizioni normative, *primarie* e *secondarie*[5], che regolamentano la fenomenologia dell'*accesso inter amministrazione* e che rendono controverso ed incerto il loro fondamento ontologico e filosofico.

L'attuale fenomenologia, *sociale* e *normativa*, dell'*accesso* nell'*amministrazione pubblica* sembra, dunque, rappresentare un fertile terreno di confronto e di rimeditazione del *concetto di accettazione* di hartiana memoria, inteso in termini di «accettazione effettiva della norma di riconoscimento suprema e definitiva», al fine di poter «penetrare» il «punto di vista interno»[6] delle norme (di riferimento), che – secondo l'esegesi del pensiero di Hart proposta da Alfonso Catania – sembra potersi, in effetti, identificare con il «punto di vista di coloro che accettano le norme e, accettandole, le usano come criteri di condotta»[7].

[1] Cfr., in particolare: Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, p. 3 ss.; Id., *Rass. parl.*, 1965, 353 ss.; Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 7 e ss.; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1988, p. 91 e ss.; Id., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 34 e ss.; L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, spec. p. 52 e 79 e ss.; Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 73 e ss.; A. M. Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. trim.*, 1957, p. 737 e ss.; Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1952, p. 118 e ss.; Esposito, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954 spec. p. 248 e ss.; più di recente Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, 1, Milano, 2012, p. 4 e ss.; Renna, *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, spec. p. 61 e ss.; Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bologna, 2014, spec. p. 67 e ss.; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015.

[2] Così, Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, spec. p. 12.

[3] Cfr., in particolare, Treves, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1971, p. 9 e ss.; Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice*, Milano, 1966, p. 34 e ss.; Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, bologna, 1983, p. 21 e ss.; Paleologo, voce *Organizzazione statale*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 141 e ss; G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 7 e ss.; G. Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 3 e ss.; A. Pizzorusso, *Cultura e politica nella produzione ed applicazione delle fonti del diritto*, in *Quad. cost.*, 1990, 1, p. 77 e ss.; A. Barbera, *Art. 2, in Comm. della Cost.* a cura di A. Branca, Bologna-Roma, p. 19 e ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, p. 29 e ss.; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 56 e ss.; F. Modugno, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, I, 1997, p. 561 e ss.; A. M. Sandulli, *L'attività normativa della pubblica amministrazione (Origine – Funzione – Caratteri)*, Napoli, 1970, p. 33 e ss.; A. Pizzorusso, voce *Fonti (sistema costituzionale delle fonti)*; V. Crisafulli, voce *Fonti del diritto, b) Diritto Costituzionale*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 925 e ss.; Id., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 e ss.; Id., *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1984; L. Carlassare, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, 1; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; più di recente, Sciullo, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 2013, p. 7 e ss.

[4] Fondamentali le riflessioni di: Trabucchi, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I; Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984; Fassò, *Società, legge e ragione*, Milano, 1974; Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981; Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; R. Quadri, *Applicazione della legge in generale*, in *Commentario* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1974.

[5] In argomento, cfr., in particolare, A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli e altri, I, Bologna, 2001, p. 183 e ss.

[6] Così, Hart, *The concept of law* (1961), trad. it. di M. A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, spec. p. 54 e ss.

[7] Così, A. Catania, *Il diritto tra forza e consenso*, Napoli-Roma, 1987, spec. p. 21 e ss. In argomento, fondamentali restano le riflessioni di H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Harvard, 1945, rist. Etas, 2000, p. 4 e ss.; e di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, p. 1 e ss.

2. Procedure di reclutamento a regime *ordinario* e *speciale a regime* e procedure di *mobilità inter enti*

Ebbene, con riferimento alla questione della «*precedenza*», tra le procedure di reclutamento a regime *ordinario* e *speciale a regime* e le procedure di *mobilità inter enti*, secondo le citate disposizioni normative del T.u.p.i, nei termini dianzi posta, è opportuno, seppur brevemente, delineare il quadro normativo di riferimento, in considerazione di diverse possibili ipotesi di mobilità e, segnatamente, di cui agli artt. 30 e 34. Si tratta, precisamente, delle seguenti disposizioni normative: art. 30, rubricato passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse, spec. co. 1, per il quale: «le amministrazioni possono ricoprire i posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, appartenenti a un qualifica corrispondente e in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, previo assenso dell'amministrazione di appartenenza (…)» (cd. mobilità inter amministrazioni). La disposizione prosegue stabilendo modalità, procedure e requisiti di applicazione; art. 34, prevede un'ulteriore specie di mobilità, attraverso gestione del personale in disponibilità (come da rubrica); art. 34-bis, rubricato disposizioni in materia di mobilità del personale, spec. commi 1, 3 e 5: co. 1, «le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 (…), prima di avviare le procedure di assunzione di personale, sono tenute a comunicare ai soggetti di cui all'art. 34, commi 2 e 3, l'area, il livello e la sede di destinazione per i quali si intende bandire il concorso, nonché, se necessario, le funzioni e le eventuali specifiche idoneità richieste»; prosegue, il co. 3, «le amministrazioni possono provvedere a organizzare percorsi di qualificazione del personale assegnato ai sensi del comma 2»; il co. 5 stabilisce, poi, che «le assunzioni effettuate in violazione del presente articolo sono nulle di diritto (…)»; art. 35, rubricato reclutamento del personale, dopo aver nei primi tre commi disciplinato le modalità ordinarie di reclutamento (in sintesi, mediante procedure selettive e avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento), al co. 3-*bis* prevede la possibilità di alcune forme di reclutamento speciali: «le amministrazioni pubbliche, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno, nonché del limite massimo complessivo del 50 per cento delle risorse finanziarie disponibili ai sensi della normativa vigente in materia di assunzioni ovvero di contenimento della spesa di personale, secondo i rispettivi regimi limitativi fissati dai documenti di finanza pubblica e, per le amministrazioni interessate, previo espletamento della procedura di cui al comma 4, possono avviare procedure di reclutamento mediante concorso pubblico: a) con riserva dei posti, nel limite massimo del 40 per cento di quelli banditi, a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato che, alla data di pubblicazione dei bandi, hanno maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando; b) per titoli ed esami finalizzati a valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata dal personale di cui alla lettera a) e di coloro che, alla data di emanazione del bando, hanno maturato almeno tre anni di contratto di collaborazione coordinata e continuativa nell'amministrazione che emana il bando».

Il citato comma 3-*bis* è stato, significativamente, introdotto dalla Legge di Stabilità del 2013, con il dichiarato scopo di favorire l'assunzione del personale precario delle pubbliche amministrazioni, valorizzando le professionalità acquisite e riducendo il numero dei contratti a termine nel pubblico impiego, naturalmente nel rispetto dei principi di programmazione (art. 81 Cost.) e del concorso (art. 97 Cost.)[8].

Ed inoltre, con il fine, pure dichiarato, di evitare il rischio di esporre l'amministrazione a responsabilità conseguenti (in particolare, per danno erariale), in caso di abuso dell'utilizzazione dei contratti a termine, essendo note le diverse decisioni, di matrice anche giurisprudenziale interna e comunitaria, che sanzionano simili abusi[9].

[8] In proposito, si cfr. anche la *circolare* n. 5 del 21 novembre 2013 della Funzione Pubblica, in materia di *indirizzi volti a favorire il superamento del precariato*. In proposito, cfr.: Ferrari, *Il procedimento costitutivo sul rapporto di pubblico impiego*, Torino, 1962, p. 7 e ss.; De Felice, *L'assunzione senza concorso nel settore pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 600 e ss.

[9] Si tratta di questione complessa affrontata nell'ambito delle diverse istanze del sistema. In argomento, si cfr. la *Relazione* della Corte dei Conti del 2 maggio 2012 sul lavoro pubblico; la nota del 19 settembre 2012 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica; la nota dell'ANCI del 5 settembre 2012. In giurisprudenza, cfr.: le note decisioni, diverse per orientamento, di Cass., sez. lav., n. 10127/12, n. 4417/2012; n. 19371/2013, n. 27481/2014; nonché della Corte Giust. U.E., ordinanza del 15 gennaio 2013 sulla questione interpretativa pregiudiziale in ordine alla direttiva 1999/70/Ce (causa C-62/13); e la NOTA decisione della Corte Giust. U.E. del 26.11.2014 (procedimenti riuniti Mascolo e altri, C-22/13, C-61/13 a C-63/13 e C-418/13). Ed in maniera particolarmente significativa, anche per la ricostruzione offerta, TRIB. NAPOLI, sentenza n. del 21.1.2015 (dr. Coppola), secondo cui: «non vi è diversità di selezione differente tra personale di ruolo e non di ruolo, visto il doppio canale di accesso al ruolo (cfr. Corte costituzionale, Sentenza n. 41/11; nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. U, Ordinanza n. 3399 del 13 febbraio 2008) posto che per il personale docente ed ATA l'accesso ai ruoli avviene per il 50% ed oltre (considerato che le graduatorie concorsuali nel tempo si esauriscono, per cui l'immissione in ruolo avviene a quel punto solo dalla graduatoria ad esaurimento) tramite le graduatorie permanenti (cfr. art. 399 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, approvato con decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, come sostituito dall'art 1 della l. 124/99) di cui all'art. 401 del d.lgs. 297/94, come sostituito dal comma 6 dell'art. 1 della legge 124/99. Per il personale ATA l'accesso avviene mediante graduatorie per soli titoli, ovvero liste di collocamento (art. 554 d.lgs. 297/94) e tali graduatorie sono utilizzate anche per le supplenze *ex* art 4, comma 11, l. 124/99 (cfr altresì artt. 1, 2, 3 e 5 del de-

Sembra utile precisare, inoltre, che, sotto il profilo sistematico, le descritte disposizioni normative sono contenute tutte nell'ambito del *Titolo II*, *Organizzazione*, *Capo III*, *Uffici, piante organiche, mobilità e accessi*, con ciò manifestandosi l'esigenza di un'interpretazione unitaria ed *evolutiva* delle diverse procedure di reclutamento nel pubblico impiego, onde assicurarne un'utilizzazione omogenea al fine ultimo di soddisfare il *fabbisogno* dell'amministrazione, dunque, della collettività[10].

3. Procedura di reclutamento *speciale a regime* (art. 35, co. 3-*bis*, T.u.p.i.) e procedure di mobilità (artt. 30 e 34, T.u.p.i.)

In casi quali quelli qui proposti, ci si chiede, dunque, se l'Amministrazione possa procedere o meno ad assumere personale attraverso la procedura di reclutamento speciale a regime di cui al citato art. 35, co. 3-*bis*, ed in relazione alla diversa previsione di procedure di mobilità (artt. 30 e 34, cit.).

Ebbene, ferma la facoltà e, dunque, la discrezionalità dell'amministrazione nella scelta della forma di reclutamento, nel rispetto, naturalmente, delle citate disposizioni normative e dei principi generali che ne sono ispiratori, sembra potersi ritenere la possibilità per l'Amministrazione di procedere, sia al reclutamento speciale a regime di cui alla lettera a), che prevede una quota di riserva per coloro che hanno un requisito specifico, garantendo anche l'accesso dall'esterno; sia alla procedura speciale a regime di reclutamento di cui alle lettere a) e b) del citato art. 35, co. 3-*bis*, nel rigoroso rispetto dei limiti ivi stabiliti.

La possibilità di una partecipazione riservata limitata sembra, difatti, rispettosa delle regole generali e dei principi sovraordinati, dianzi accennati, in materia di reclutamento del personale; ed in particolare, sembra assicurare un giusto equilibrio tra la procedura di mobilità – e la sua ratio e funzione, da individuarsi, pur sempre, nella funzione di razionalizzazione delle risorse dell'amministrazione, preservando le professionalità acquisite e favorendo la circolazione del personale su richiesta –, e la procedura speciale a regime di reclutamento riservata e della sua ratio e funzione, dianzi precisata.

In una simile prospettiva, sembra intervenire anche la nota circolare n. 5 del 2013 della Funzione Pubblica (dianzi citata), laddove, a p. 12, si osserva che: «gli adempimenti previsti dall'articolo 30 dello stesso d.lgs. n. 165 del 2001 sono obbligatori solo prima di avviare le procedure di reclutamento ordinario; ed in coordinamento con la pregressa osservazione per la quale – sempre secondo la Funzione Pubblica – «prima di avviare le procedure di reclutamento, tanto ordinario, quanto speciale (sia a regime, sia transitorio) e prima delle assunzioni a tempo indeterminato, con esclusione delle procedure e delle assunzioni relative alle categorie protette, sono obbligatori gli adempimenti previsti dall'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001» (così a p. 12 della citata circolare).

Pare, inoltre, opportuno porre le citate procedure selettive (di mobilità, artt. 30, 34 e 34-*bis*, e concorsuali, art. 35) in relazione alla natura giuridica dell'Ente pubblico che si appresta a farne avvio, attesa la presenza di alcune previsioni escludenti alcune tipologie di enti pubblici (v., in particolare, il citato art. 34-bis, co. 1, che fa esclusivo riferimento alle «amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2 (…)» del T.U.P.I.), riproponendosi, così, la questione della differenziazione tra enti pubblici economici e non economici[11].

4. La proroga del *rapporto di servizio oltre il termine di 36 mesi*

Con riferimento alla proroga del rapporto di servizio oltre il termine di 36 mesi – ferma la proroga ordinaria (sia nella forma di quella assistita che pattizia) di cui all'art 19 co. 3 del d.lgs. 81/2015, che ha abrogato l'art. 5 co. 4-*bis* del d.lgs. 368/01 – questa potrebbe essere considerata ammissibile sino alla stabilizzazione del personale precario (assunto a tempo a determinato) da attuare secondo le accennate procedure selettive di reclutamento speciale, ed in casi quali quello qui proposto, in attesa dell'avvio della procedura di reclutamento a regime speciale, nel rispetto delle modalità e dei presupposti sopra descritti[12].

creto n. 430/00 in G.U. 24 gennaio 2001) che rimanda alla disciplina del personale docente»; prosegue la decisione, «neppure può ritenersi, come da relazione illustrativa del d.l. n. 134 del 2009, che il regime specifico delle supplenze nel mondo della scuola è caratterizzato da una disciplina separata e speciale rispetto a quella generale dei contratti a tempo determinato, atteso che i periodi di supplenza riguardano distinti contratti di lavoro e, per questa ragione, il trattamento economico dei supplenti deve essere riferito, per ciascun periodo di supplenza, allo stipendio iniziale del docente in ruolo, non potendosi configurare per il personale non di ruolo alcuna progressione di carriera…..», posto che la circostanza che si tratta di plurimi contratti a termine non è di per sé sufficiente a giustificare un diverso regime retributivo, per come già affermato dalla CGUE in tutte le sentenze indicate. Ne deriva il diritto dell'istante alla ricostruzione della propria carriera con il conteggio, a fini economici e normativi, della anzianità di servizio per il periodo pre ruolo in maniera integrale».

[10] In proposito, cfr., in particolare: R. Jannotta, voce *Concorso ad un pubblico impiego*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 329 e ss. L'a. osserva, in maniera significativa, che il «concorso come procedimento deve essere analizzato in rapporto alla funzione che deve assolvere il procedimento stesso. È indubbiamente importante il problema della individuazione sia dell'effetto finale, di quelli intermedi del procedimento, sia delle cause di tali effetti; tuttavia non meno importante è l'analisi della funzionalità del procedimento, in modo da individuare sia gli scopi giustificativi delle singole fasi del procedimento, sia le stesse fasi» (così, spec. pp. 333-334).

[11] In argomento, sia consentito rinviare a F. Rinaldi, *L'incerta natura giuridica dell'Azienda Sanitaria Locale*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 7/8, 2007, p. 1922 e ss.

[12] In argomento, cfr.: Capogna - Tomei, *La flessibilità nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, spec.

Potrà, dunque, essere possibile, ove il personale sia in possesso anche dei seguenti requisiti: a) si cui all'art. 1, commi 519 e 558, della legge n. 296 del 2006, e dell'art. 3, co. 90, della legge n. 244 del 2007, ovvero: essere stati in servizio dal 1 gennaio 2007 con tre anni di tempo determinato maturato nel quinquennio precedente; essere stati in servizio al 1 gennaio 2007 con tre anni di tempo determinato maturato in virtù di un contratto in essere al 29 settembre 2006, tenendo conto anche del servizio svolto a tempo determinato nel quinquennio precedente al 1 gennaio 2007; tre anni di tempo determinato già maturati nel quinquennio precedente al 1 gennaio 2007, per coloro non in servizio al 1 gennaio 2007; in servizio al 1 gennaio 2008 con tre anni di tempo determinato maturato in virtù di un contratto in essere al 28 settembre 2007, tenendo conto anche del servizio svolto a tempo determinato nel quinquennio antecedente al 1 gennaio 2008; b) coloro che alla data del 30 ottobre 2013 hanno maturato, negli ultimi cinque anni almeno tre anni di servizio con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando[13].

Disposizioni, queste, da raccordare anche con quelle relative d. l. n. 101 del 2013, spec. art., co. 9, che consente, com'è noto, eccezionalmente di prorogare la durata del contratto oltre il limite massimo dei 36 mesi per consentire la conclusione delle procedure di reclutamento speciale, fino al completamento delle stesse e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2016 (cd. *proroga finalizzata*), al ricorrere dei seguenti ed ulteriori presupposti: previsione nella programmazione del fabbisogno relativa al quadriennio dell'avvio di procedure concorsuali di reclutamento speciale (sia secondo la normativa a regime, sia secondo le procedure transitorie previste dal d.l. 101/2013); rispetto dei vincoli finanziari previsti dalla normativa vigente in materia di controllo della spesa del personale e assunzioni a tempo determinato e dei divieti di assunzione che scaturiscono in via sanzionatoria (art. 1, co. 557, l. n. 296 del 2007 e art. 76, co. 7, del d.l. n. 112/2008); rispetto dei limiti massimi della spesa annua per la stipula dei contratti a tempo determinato previsti dall'art. 9, co. 28, del d.l. n. 78 del 2010, conv. in l. n. 122 del 2010, fatte salve le deroghe previste dalla legge; proroga nei confronti di coloro che alla data del 30.10.2013 abbiano maturato almeno tre anni di servizio alle proprie dipendenze; coerenza con il proprio effettivo fabbisogno, con le risorse finanziarie disponibili e con i posti in dotazione organica vacanti indicati nella programmazione triennale, anche alla luce delle cessazioni dal servizio che si prevede si verifichino nel corso del quadriennio[14].

5. Il contratto di lavoro a tempo determinato presso la Pubblica Amministrazione e la proroga *assistita* e *pattizia*

Muovendo, dunque, dalla condivisa premessa che, comunemente, il contratto di lavoro s'intende concluso a tempo indeterminato, la legge, tuttavia, consente la possibilità di apporre un termine di durata (una scadenza) ad un contratto di lavoro ma in via residuale e soltanto in presenza di «casi particolari», come di seguito meglio precisato.

Prima, però, di concentrare l'indagine sulla disciplina dei motivi legittimanti all'apposizione del termine di durata massima de contratto e sulla successiva ed altrettanto eccezionale e residuale possibilità di prorogare oltre i 36 mesi il termine di durata del contratto, appare utile, seppur brevemente, porre l'attenzione sull'evoluzione legislativa che ha caratterizzato l'istituto del rapporto di lavoro a tempo determinato[15].

La prima norma regolatrice l'istituto del contratto di lavoro a tempo determinato è stata la legge 230/1962 seguita, poi, dalla Legge 56/1987.

Ma solo con l'entrata in vigore del Decreto Legislativo 6 settembre 2001 n. 368, tale normativa è stata ampiamente modificata nel senso di ampliare i casi di utilizzo legittimo del termine al contratto di lavoro[16].

La disciplina legislativa, sempre nel tentativo (riuscito) di rendere più facile e flessibile il ricorso al contratto a termine, ha, poi, subìto ulteriori mutamenti con l'entrata in vigore dapprima della legge 183/2010, successivamente della legge di riforma del mercato del lavoro contenuta nella n. 92/2012, poi del decreto legge 76/2013 (convertito in legge 99/2013) e, infine, dal decreto legge 34/2014 convertito in legge 78/2014.

Da ultimo, la normativa è stata modificata dal decreto legislativo n. 81/2015, attuativo della legge delega n. 183/2014, entrato in vigore il 25 giugno 2015, che ha abrogato il d.lgs. 368/2001, e i cui articoli da 19 a 29 contengono oggi l'intera disciplina dei rapporti di lavoro a tempo determinato (con la sola eccezione delle norme relative alla disciplina dei rapporti a termine nel settore del trasporto aereo, dei servizi aeroportuali e delle poste – che fino al 1° gennaio 2017 continue-

p. 39 e ss.; Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, spec. p. 361 e ss.; Foglia-Cosio, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011, spec. p. 571 e ss.

[13] In argomento, significative le riflessioni di Petracci, *il precariato nella scuola dopo la sentenza della corte di Giustizia del 26 novembre* 2014, Vicalvi (Fr), 2015, spec. p. 13 e ss.

[14] Cfr., Aa.Vv., *Lavoro Mercato Istituzioni*, *Scritti in onore di Gian Primo Cella*, Milano, 2013, spec. p. 180 e ss.; Miscione, *La stabilizzazione del precariato nella pubblica amministrazione: un percorso difficile*, in *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico* a cura di M. D'Onghia e m. Ricci, Milano, 2009, p. 177 e ss.

[15] In argomento, cfr. Di Paola-Fedele, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Padova, 2011, p. e 31 ss.; Saraceno-Cantarella, *La conversione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato*, Milano, 2009, spec. p. 171 e ss.

[16] Cfr. Miscione, *La stabilizzazione del precariato nella pubblica amministrazione: un percorso difficile*, cit. p. 186 e ss.; Falasca, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 2012, p. 134e ss.

ranno a essere regolati dall'art. 2 del d.lgs. 368/01 – e del pubblico impiego)[17].

Quindi, muovendo dalla legge del 1962 – che stabiliva una puntuale casistica tassativa d'ipotesi in cui era possibile stipulare il contratto a termine – si è giunti al d.lgs. del 2001 n. 368, che, invece, superando la precedente e «tassativa» impostazione, richiedeva, nella sua formulazione originaria, una qualsiasi motivazione di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo. Si è addivenuti, infine, come in parte accennato – ed in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. 34/14, convertito in legge 78/14[18] –, alla soppressione di ogni riferimento alla giustificazione tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva: in buona sostanza, attualmente la legge non prevede più esplicitamente che il contratto a termine debba essere giustificato. ma, in ogni caso, la violazione di tali disposizioni, determina la trasformazione a tempo indeterminato del contratto[19].

Veniamo, quindi, al tema della durata massima del contratto a termine ed alla disciplina della proroga, unico e residuale motivo in ragione del quale la violazione integrerebbe la sanzione della nullità del termine, nei termini dianzi precisati.

Ebbene, l'istituto della proroga del contratto a termine[20] è stata oggetto di riforma da parte del d.l. 34/14, che ha profondamente modificato l'allora vigente art. 4 del d.lgs. 368/01, ed è attualmente disciplinata dall'art. 21 d.lgs. 81/2015. per comprendere l'ampiezza della riforma, basti considerare che, precedentemente, la proroga era ammessa una vola sola; attualmente, invece, sono ammesse addirittura cinque proroghe.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 21 d.lgs. 81/2015, la proroga è ammessa in presenza delle seguenti condizioni: 1) è necessario il consenso del lavoratore; 2) la durata iniziale del contratto non deve eccedere i 36 mesi; 3) le proroghe non possono essere più di cinque. infine, in seguito alla riforma del 2015, non è più richiesto che ogni proroga si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato.

Con riferimento alla proroga del rapporto di servizio oltre il termine di 36 mesi – ferma la proroga ordinaria sulla quale ci si soffermerà di seguito (sia nella forma *assistita* che *pattizia*) di cui all'art 19 co. 3 del d.lgs. 81/2015, che ha abrogato l'art. 5 co. 4 bis del d.lgs. 368/01 – questa potrebbe essere considerata ammissibile sino alla stabilizzazione del personale precario (assunto a tempo a determinato) da attuare secondo le accennate procedure selettive di reclutamento speciale, e nel caso specifico, in attesa dell'avvio della procedura di reclutamento a regime speciale, nel rispetto delle modalità e dei presupposti sopra descritti[21].

Potrà, dunque, essere possibile, ove il personale sia in possesso anche dei seguenti requisiti: a) di cui all'art. 1, commi 519 e 558, della legge n, 296 del 2006, e dell'art. 3, co. 90, della legge n. 244 del 2007, ovvero: essere stati in servizio dal 1 gennaio 2007 con tre anni di tempo determinato maturato nel quinquennio precedente; essere stati in servizio al 1 gennaio 2007 con tre anni di tempo determinato maturato in virtù di un contratto in essere al 29 settembre 2006, tenendo conto anche del servizio svolto a tempo determinato nel quinquennio precedente al 1 gennaio 2007; tre anni di tempo determinato già maturati nel quinquennio precedente al 1 gennaio 2007, per coloro non in servizio al 1 gennaio 2007; in servizio al 1 gennaio 2008 con tre anni di tempo determinato maturato in virtù di un contratto in essere al 28 settembre 2007, tenendo conto anche del servizio svolto a tempo determinato nel quinquennio antecedente al 1 gennaio 2008; b) coloro che alla data del 30 ottobre 2013 hanno maturato, negli ultimi cinque anni almeno tre anni di servizio con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando[22].

Disposizioni, queste, da raccordare anche con quelle relative al d. l. n. 101 del 2013, spec. art., co. 9, che consente, com'è noto, eccezionalmente di prorogare la durata del contratto oltre il limite massimo dei 36 mesi per consentire la conclusione delle procedure di reclutamento speciale, fino al completamento delle stesse e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2016 (cd. proroga finalizzata), al ricorrere dei seguenti ed ulteriori presupposti: previsione nella programmazione del fabbisogno relativa al quadriennio dell'avvio di procedure concorsuali di reclutamento speciale (sia secondo la normativa a regime, sia secondo le procedure transitorie previste dal D.L. 101/2013); rispetto dei vincoli finanziari previsti dalla normativa vigente in materia di controllo della spesa del personale e assunzioni a tempo determinato e dei divieti di assunzione che scaturiscono in via sanzionatoria (art. 1, co. 557, l. n. 296 del 2007 e art. 76, co. 7, del d.l. n. 112/2008); rispetto dei limiti massimi della spesa annua per la stipula dei contratti a tempo determinato previsti dall'art. 9, co. 28, del d.l. n. 78 del 2010, conv. in l. n. 122 del 2010, fatte salve le deroghe previste dalla

[17] Cfr. Aa.Vv., *Lavoro, Job act e decreti attuativi*, Milano, 2015, p. 32 e ss.; Petracci-Marin, *La legge delega 124/2015. Le modifiche al rapporto di pubblico impiego*, 2015, spec. p. 131 e ss.

[18] Modifiche interamente confermate dal recente d.lgs. 81/2015.

[19] Cfr. Saraceno-Cantarella, *La conversione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato*, cit., p. 171 e ss.; Capogna - Tomei, *La flessibilità nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, cit., p. 39 ss.; Roccella, *Manuale di diritto del Lavoro*, Torino, 2013, p. 125 e ss.

[20] Cfr. Capogna - Tomei, *La flessibilità nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, cit., spec. p. 204 e ss.; Bonati, *Amministrazione del personale*, Milano, 2012, p. 18 e ss.

[21] Cfr. Rotondi, *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Milano, 2014, p. 123 e ss.; Buonaiuto, *Clausole accessorie al contratto di lavoro*, Milano, 2012, p. 16 e ss.

[22] Cfr. Biagi-Tiraboschi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano,2012, spec. p. 195 e ss.

legge; proroga nei confronti di coloro che alla data del 30.10.2013 abbiano maturato almeno tre anni di servizio alle proprie dipendenze; coerenza con il proprio effettivo fabbisogno, con le risorse finanziarie disponibili e con i posti in dotazione organica vacanti indicati nella programmazione triennale, anche alla luce delle cessazioni dal servizio che si prevede si verifichino nel corso del quadriennio[23].

Come dianzi accennato è, inoltre, possibile andare oltre i 36 mesi attraverso la c.d. «deroga assistita», che può essere conclusa per una volta soltanto, con una durata rinviata ai contratti collettivi nazionali[24].

L'eventuale deroga è da definire attraverso l'accordo tra le parti sociali (lavoratore e azienda) presso la Direzione Provinciale del Lavoro con l'assistenza di un rappresentante delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale[25].

[23] Cfr. Civetta, *La legge di stabilità 2013*, Santarcangelo di Romagna (Rn), 2013, p. 295 e ss.; Russo, *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Milano, 2011, p. 2017 e ss.

[24] A titolo solo esemplificativo, nel caso del contratto collettivo dei metalmeccanici, la proroga assistita è consentita nel termine massimo di durata di 8 mesi.

[25] In argomento basti rinviare a G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Torino, 2013, spec. p. 444 e ss. Si aggiunga, infine, che, attraverso il rinvio alla contrattazione nazionale è, altresì, possibile procedere per la proroga oltre il termine di mesi 36.

Giuliano Taglianetti
Avvocato

Divieto per le P.A. di conferire incarichi ai soggetti "collocati in quiescenza": profili di possibile illegittimità costituzionale *

abstract

The work analyzes the article 6, paragraph 1, of decree-law 24 june 2014 number 90, which establishes the general prohibition for the public admistrations to assign tasks to people pensioned off.

In particular, the article focuses upon doubts of interpretation and constitutional legitimacy which the norm, though justified by reasons of social politics, is destined to raise.

keywords

Public administrations – Prohibition – Tasks.

abstract

Con il presente lavoro si cerca di analizzare l'articolo 6, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, che ha sancito il divieto generale per le pubbliche Amministrazioni di conferimento di incarichi ai soggetti collocati in quiescenza.

In particolare, l'articolo si sofferma sui dubbi interpretativi e di legittimità costituzionale che la norma, sebbene motivata da ragioni di politica sociale, è destinata a sollevare.

parole chiave

Pubbliche amministrazioni – Divieto – Incarichi.

sommario

1. Portata e ambito applicativo dell'articolo 6, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modifiche dalla legge 11 agosto 2014 n. 114. – **2.** La *ratio legis* e la normativa previgente. – **3.** Dubbi di legittimità costituzionale della norma. – **3.1.** Il possibile contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza e le circolari interpretative. – **3.2.** *Segue.* … con i principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa. – **3.3.** *Segue.* … con il principio del diritto alla remunerazione del lavoro. – **3.4.** *Segue.* … con il divieto di discriminazioni basate sull'età. – **4.** Conclusioni.

1. Portata e ambito applicativo dell'articolo 6, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modifiche dalla legge 11 agosto 2014 n. 114

Com'è noto, l'articolo 6 (recante: Divieto di incarichi dirigenziali a soggetti in quiescenza) comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (recante: Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito con modifiche dalla legge 11 agosto 2014 n. 114 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 190 del 18 agosto 2014), ha disposto che le pubbliche Amministrazioni non possono conferire incarichi di studio e di consulenza, né incarichi dirigenziali o direttivi, o cariche in organi di governo di Amministrazioni pubbliche, «a soggetti già lavoratori pubblici e privati collocati in quiescenza», a meno che non si tratti di incarichi o cariche a titolo gratuito e con durata annuale, non prorogabile, né rinnovabile («incarichi e collaborazioni sono consentiti, esclusivamente a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno, non prorogabile nè rinnovabile, presso ciascuna amministrazione).

Il divieto disposto dal citato art. 6 del d.l. 90/2014 riguarda tutte le Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs 30 marzo 2001, nonché le "pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT)»[1].

[1] Ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300…». La disposizione in commento non trova quindi applicazione diretta nei confronti di tutti gli organismi partecipati dagli Enti locali, ma solo nei confronti di quelli compresi nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione dell'ISTAT; essa inoltre (stando al dato letterale della norma) dovrebbe riguardare soltanto gli incarichi che vengono conferiti direttamente dall'Ammini-

* *Il presente articolo è stato pubblicato nel mese di febbraio 2015 sulla rivista giuridica* giustamm.it *ed è aggiornato alla circolare ministeriale n. 4 del 10 novembre 2015, recante "Integrazione della circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 6 del 2014".*

Il suo ambito soggettivo di applicazione riguarda «qualsiasi lavoratore dipendente collocato in quiescenza, indipendentemente dalla natura del precedente datore di lavoro e del soggetto che corrisponde il trattamento di quiescenza[2]».

Quanto all'ambito oggettivo di attuazione del divieto, gli incarichi vietati sono solo quelli espressamente contemplati: incarichi di studio e di consulenza, incarichi dirigenziali o direttivi, cariche di governo nelle Amministrazioni e negli Enti e Società controllati.

Il legislatore, in tal modo, ha voluto vietare il conferimento di incarichi e cariche che, indipendentemente dalla loro natura formale, consentono di svolgere ruoli rilevanti al vertice delle Amministrazioni.

2. La *ratio legis* e la normativa previgente

Il dichiarato intento del legislatore – com'è stato evidenziato nella Circolare esplicativa n. 6 del 4 dicembre 2014, a firma del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione (recante: Interpretazione e applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto legge n.95 del 2012, come modificato dall'articolo 6 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90) – **è** quello di favorire i giovani e di agevolare «il ricambio e il ringiovanimento del personale delle pubbliche amministrazioni», nonché «di evitare che il conferimento di incarichi a soggetti in quiescenza sia utilizzato per aggirare lo stesso istituto del collocamento in quiescenza».

La circolare ministeriale si sofferma, inoltre, sull'eccezione al divieto che la suddetta disciplina impone: la possibilità di consentire – come detto – il conferimento di incarichi o collaborazioni ai medesimi soggetti in quiescenza, purché a titolo gratuito (e con rimborso delle spese documentate) e della durata di non oltre un anno, è motivata attraverso la volontà di bilanciare l'auspicato ricambio generazionale con "l'esigenza di trasferimento delle conoscenze e delle competenze acquisite nel corso della vita lavorativa".

Tale disposizione, è importante premettere, ha modificato l'articolo 5, comma 9, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, che vieta(va) alle pubbliche Amministrazioni di attribuire incarichi di studio e consulenza a soggetti in quiescenza già appartenenti ai ruoli delle stesse Amministrazioni, che abbiano svolto nell'ultimo anno di servizio funzioni e attività corrispondenti.

In precedenza, quindi, il divieto sussisteva solo per i soggetti collocati in quiescenza e già appartenenti ai ruoli delle stesse Amministrazioni, che avessero svolto, nel corso dell'ultimo anno di servizio, funzioni e attività corrispondenti a quelle oggetto dello stesso incarico di studio e di consulenza.

La *ratio* (del tutto condivisibile) della normativa previgente era quella di impedire l'affidamento di incarichi ai dipendenti pubblici che fossero cessati dal servizio, dimostrando, in tal modo, di non volere più prestare il proprio operato a vantaggio della loro *ex* Amministrazione di appartenenza.

Era evidente, infatti, l'irrazionalità, soprattutto economica, del conferimento di un incarico in simili condizioni, ove si consideri che l'attività commissionata con l'incarico stesso sarebbe stata remunerata con il solo stipendio se il dipendente fosse rimasto ancora in servizio.

In sostanza, si intendeva evitare che il compenso per il nuovo incarico si aggiungesse alla pensione, con un sensibile aumento dei costi complessivi generali.

La norma in commento ha in effetti ampliato sia l'ambito soggettivo («tutti i soggetti, già lavoratori pubblici o privati, collocati in quiescenza»), sia l'ambito oggettivo[3] (divieto esteso al conferimento di incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni, anche diverse da quelle di provenienza).

3. Dubbi di legittimità costituzionale della norma

La scelta legislativa di imporre un divieto generalizzato di conferire incarichi ai soggetti in quiescenza (se non a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno), sebbene motivata da ragioni di politica sociale, solleva seri dubbi di legittimità costituzionale.

3.1. Il possibile contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza e le circolari interpretative

Invero, tale divieto sembra porsi in insanabile contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza

strazione controllante presso la società e non quelli conferiti dal suo organo amministrativo (organo sociale nettamente distinto dall'Amministrazione controllante, ancorché composto dai suoi rappresentanti).

[2] Nella prima circolare interpretativa n.6/2014, a firma del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione, viene peraltro precisato che le Amministrazioni devono finanche evitare di conferire incarichi e cariche a soggetti prossimi al collocamento in quiescenza il cui mandato si svolga in una fase successiva al collocamento in quiescenza stesso.

[3] Con riferimento all'ambito oggettivo della norma, la Corte dei Conti ha affermato che l'art. 6 del d.l. n. 90/2014 configura una norma limitatrice che, in quanto tale, deve essere valutata sulla base del criterio di stretta interpretazione enunciato dall'art. 14 delle preleggi, che non consente operazioni ermeneutiche di indirizzo estensivo, fondate sull'analogia (così, Corte dei Conti, Sezione Centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, 30 settembre 2014, n. 23). Di talché, il divieto di conferimento di incarichi ai soggetti collocati in quiescenza non può estendersi «oltre i casi espressamente indicati nella norma limitatrice (incarichi di studio, incarichi di consulenza e incarichi dirigenziali)». Di conseguenza – ferme restando le disposizioni vigenti relative ai requisiti e alle modalità di scelta dei soggetti ai quali conferire incarichi e cariche e alle procedure di conferimento, quali quelle contenute nell' articolo 7 del decreto legislativo n. 165 del 2001 – tutte le ipotesi di incarico o collaborazione non rientranti nelle categorie finora elencate sono da ritenersi sottratte ai divieti di cui alla disciplina in esame.

sanciti dall'art. 3 della Costituzione, che vieta irragionevoli discriminazioni tra cittadini, senza distinzioni di condizioni sociali e personali («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzioni … di condizioni personali e sociali»).

Occorre allora domandarsi se il divieto in parola rappresenti, o meno, una irragionevole discriminazione, fondata su una condizione personale e sociale[4].

Da questa domanda dipendono le sorti della norma in esame.

Una risposta affermativa, in grado di condurre alla declaratoria della illegittimità costituzionale della disposizione in commento, ci sembra possa essere data dimostrando, sul terreno dell'argomentazione giuridica, che il suddetto divieto si risolve in una disparità di trattamento fra soggetti esclusivamente in base al loro *status*.

La condizione di pensionato, infatti, è indubbiamente riconducibile alle condizioni personali e sociali che la Costituzione impone al legislatore di non fare assurgere a criterio di irragionevole discriminazione tra i cittadini.

E ciò a maggior ragione se si considera che la Corte Costituzionale ha definito la categoria dei pensionati come una "*fascia sociale per antonomasia «debole» per età e impossibilità di adeguamento del reddito*" [5].

Peraltro, la giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito il principio in base al quale sono ammissibili limitazioni a carico di determinati soggetti soltanto a condizione che esse siano finalizzate all'affermazione di interessi costituzionalmente apprezzabili o imposte in relazione a un rilevante e preminente interesse pubblico[6].

Ciò vuol dire che la disparità di trattamento imposta da una norma non costituisce una discriminazione laddove essa sia giustificata da una finalità legittima (quale, ad esempio, il perseguimento di rilevanti obiettivi di politica del lavoro) e, al tempo stesso, i mezzi previsti per il perseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari[7].

Ebbene, è assai arduo comprendere quali siano le esigenze di ordine generale o le superiori finalità di giustizia che la legge in parola è idonea a conseguire: essa, infatti, non postula affatto la tutela dei giovani lavoratori o il cd. "ricambio generazionale"[8], in quanto nulla esclude che un pensionato possa essere più giovane di un lavoratore in attività[9].

Di tale incongruenza lo stesso Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione mostra di essere consapevole allorquando, in contrasto con la stessa legge oggetto di interpretazione, ha chiarito che «Per quanto riguarda gli incarichi dirigenziali, è escluso che essi possano essere conferiti a soggetti collocati in quiescenza che hanno compiuto i 65 anni, cioè che hanno raggiunto il limite di età per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici. … Rimane ferma la possibilità di conferire incarichi dirigenziali, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001, a soggetti che, pur collocati in quiescenza, non abbiano raggiunto il suddetto limite di età» (cfr. la circolare ministeriale n. 4 del 10 novembre 2015, recante «Integrazione della circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 6 del 2014»); nonché che le disposizioni in esame «non impediscono di prestare attività lavorativa nelle amministrazioni pubbliche ai soggetti che possano aspirarvi, in relazione ai limiti di età» (cfr. la citata circolare esplicativa n. 6/2014).

Al contrario, il divieto di conferire incarichi ai soggetti collocati in quiescenza, lungi dal favorire i giovani o il cd. "ricambio generazionale", potrebbe indurre coloro che sono prossimi alla pensione (di anzianità) a rimanere in servizio il più possibile, ossia fino al raggiungimento del limite massimo d'età per l'esercizio della propria attività professionale, al fine di non es-

[4] Sulla nozione di discriminazione, in generale, cfr. M. Barbera, *La nozione di discriminazione nella legge 125/91*, estratto da *Le Nuove leggi civili commentate*, n. 1, 1994, pp. 46-57; M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. XIX–XLVI; C. Favilli, *Il principio generale di non discriminazione*, estratto da *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 183-196; M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'UE: alcune questioni problematiche*, in RGL, 2012, pp. 165 - 210.

[5] Corte Costituzionale, n. 116 del 2013, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n. 2, p. 76.

[6] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 158 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, I, 1405 ss., secondo cui «l'ambito del principio di eguaglianza è stato ormai precisato da questa Corte in numerose occasioni. È stato, in particolare, riconosciuto come riservato al potere discrezionale del legislatore lo stabilire discipline differenziate per regolare situazioni che egli ritiene ragionevolmente e non arbitrariamente diverse e per il perseguimento di finalità apprezzabili costituzionalmente».

[7] La giurisprudenza comunitaria insegna che nell'indagine sulla giustificabilità delle disposizioni nazionali, la valutazione della legittimità dei fini non dovrebbe mai essere disgiunta dall'analisi sulla congruità dei mezzi impiegati. Così, ad esempio, è avvenuto nel caso Hütter (Corte di Giustizia 18 giugno 2009, causa C-88/08, David Hütter c. Technische Universität Graz), laddove la Corte si è soffermata su una analisi delle finalità della normativa nazionale e sulla loro (s)proporzione rispetto alle disparità di trattamento operate dalla legislazione controversa.

[8] Come sottolinea O. Bonardi (*Le discriminazioni basate sull'età*, in Barbera cit., p. 130 e ss.), l'idea della «staffetta tra vecchi e giovani» presuppone una visione «semplicistica del mercato del lavoro, che parte dal presupposto che vi sia un numero fisso di posti che possa essere tout court passato da alcuni lavoratori ad altri». Si veda in argomento Manfredi - Vickers, *Retirement and Age Discrimination: Managing Retirement in Higher Education*, in *Industrial law journal*, 2009, n. 4, p. 343 ss.

[9] Tale criticità è stata sottolineata da G. Taglianetti, *Il divieto per le pubbliche amministrazioni di conferire incarichi ai soggetti "collocati in quiescenza": profili di possibile illegittimità costituzionale,* in *www.giustamm.it*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, febbraio 2015.

sere costretti a rinunciare al conferimento di incarichi pubblici.

Il che potrebbe determinare paradossalmente un "rallentamento" dell'agognato ricambio generazionale e incidere negativamente sui più giovani.

E tale conseguenza non costituisce un'evenienza puramente contingente e accidentale da ricollegare a un funzionamento patologico della disposizione in commento, bensì effetto diretto del suo contenuto precettivo.

È allora evidente, in questa prospettiva, che la disposizione non favorisce necessariamente i più giovani, ma si sostanza in un'indebita discriminazione che impedisce, di fatto, a una determinata categoria di soggetti di concorrere, in condizione di parità con tutti gli altri, per lo svolgimento di incarichi conferiti dalle Amministrazioni pubbliche, con conseguente violazione degli artt. 2[10], 3 e 51[11] della Costituzione.

A ciò va aggiunto che la norma, non tenendo conto del livello di reddito (da lavoro o da pensione) di cui si è titolari, non è neppure idonea a conseguire finalità redistributive del reddito.

I primi dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento alla violazione degli articoli 3 e 51 della Costituzione, sono stati posti in risalto dalla Corte dei Conti, con la deliberazione n. 27 del 12 novembre 2014, secondo cui «la natura palesemente selettiva del divieto introdotto dalla norma … potrebbe porre in evidenza alcuni aspetti problematici sul pieno rispetto degli articoli 3 e 51 della Costituzione, in relazione rispettivamente al principio di uguaglianza e alla possibilità di accedere ai pubblici uffici in condizioni di uguaglianza, soprattutto per la diversità di situazioni in cui possono trovarsi gli aspiranti agli incarichi, quali titolari di pensione di vecchiaia, di anzianità, di invalidità, o con trattamenti pensionistici esigui[12]» (in termini analoghi, si è pronunciata la stessa Corte dei Conti con deliberazione 24 dicembre 2014, n. 35).

3.2. Segue. … con i principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa

La disposizione in parola contiene, poi, un ulteriore germe di incostituzionalità, che si traduce nella violazione dell'art. 97 della Costituzione.

L'impossibilità per gli Enti pubblici di conferire incarichi in favore di soggetti collocati in quiescenza comporta l'obbligo per quest'ultimi di rinunciare alla possibilità di avvalersi dell'esperienza e delle capacità professionali di potenziali validi elementi (senza alcuna ragione di pubblico interesse, come sopra sottolineato), con conseguente incidenza negativa sul buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa.

Anche di ciò sembra quasi essere consapevole il legislatore allorquando attenua la portata del divieto in parola prevedendo la possibilità di conferire incarichi ai soggetti collocati in quiescenza per la durata di un anno e a titolo gratuito.

3.3. Segue. … con il principio del diritto alla remunerazione del lavoro

Ma la previsione della gratuità degli incarichi si pone, a sua volta, in contrasto con il principio Costituzionale del diritto alla remunerazione del lavoro di cui all'art. 36 della Costituzione, che, com'è noto, riconosce il diritto a una retribuzione proporzionale alla quantità e alla qualità del lavoro stesso.

3.4. Segue. … con il divieto di discriminazioni basate sull'età

Infine, pur ammettendo per assurdo che la disposizione in commento sia idonea a favorire i "giovani" e il ricambio generazionale, essa rischia di porsi in contrasto con la Direttiva 2000/78 C.E. che – al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro – ha espressamente previsto il divieto di discriminazioni fondate sull'età[13] («qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali nei settori di cui alla presente direttiva dovrebbe essere proibita in tutta la Comunità»[14]).

[10] Con riferimento alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, può essere utile ricordare che la Corte Costituzionale estende la qualifica di diritto inviolabile anche a fattispecie per le quali le disposizioni costituzionali non ripetono la previsione dell'inviolabilità (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 38 del 1973, in *Giur. Cost.*, 1973, 354 ss.; con osservazione di G. Pugliese, *Diritto all'immagine e libertà di stampa,* in *Giur. cost.*, 1973, 355).

[11] Non va dimenticato che l'articolo 51 della Costituzione è da sempre stato oggetto di un'interpretazione restrittiva da parte della giurisprudenza costituzionale, volta a escludere che il rinvio alla discrezionalità del legislatore possa consentire indebite discriminazioni, "camuffate" da requisiti. In particolare, la Corte Costituzionale ha ritenuto ammissibili solo esclusioni ragionevoli e non arbitrarie, fondate su requisiti attitudinali (come, ad esempio, l'idoneità fisica), in nome di interessi pubblici di rilievo costituzionale (per tutte, cfr. Corte Costituzionale 17 giugno 2010, n. 213).

[12] La Sezione del controllo della Corte dei Conti, tuttavia, non ha potuto sollevare la questione di legittimità costituzionale innanzi al Giudice delle leggi, in quanto la fattispecie oggetto della pronuncia non rientrava tra le ipotesi di violazione dell'art.81 della Costituzione.

[13] Sul divieto di discriminazioni basate sull'età, cfr. O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 125-169.

[14] Con riferimento all'applicazione della direttiva 2000/78, occorre ricordare che la Corte ha affermato che il principio di non discriminazione in base all'età deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione Europea (in tal senso, sentenza 19 gennaio 2010, causa C555/07). Va anche ricordato, però, che la stessa direttiva 2000/78 (in particolare l'art. 6, n. 1) precisa che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione «laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari».

Pertanto, in virtù dell'obbligo per il legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, è altresì evidente la possibile violazione degli artt. 11 e 117 della Costituzione.

4. Conclusioni

Volendo trarre una rapidissima conclusione, si può dire che l'aspettativa di un intervento legislativo a sostegno dell'occupazione giovanile e di solidarietà intergenerazionale non sembra ben riposta con riferimento all'articolo 6 del decreto legge n. 90/2014, poiché, in base a quanto si è cercato di argomentare, la suddetta norma è invece destinata ad aprire una nuova stagione di conflitti dinanzi non solo alla Corte Costituzionale, ma anche ai giudici "comuni" in virtù delle difficoltà connesse all'esatta individuazione dell'ambito oggettivo e soggettivo del divieto che la suddetta disciplina impone e delle eccezioni in essa contenute.

a cura di Almerina Bove
Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista in servizio presso l'Avvocatura regionale
con la collaborazione di Rita Garzarella
Dottore in giurisprudenza

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)*

Avvalimento – Contratto – Funzione – Effetti – Impresa ausiliata – Impresa ausiliaria – Requisiti finanziari

Nelle gare pubbliche, allorquando un'impresa intenda avvalersi, mediante stipula di un c.d. contratto di avvalimento, dei requisiti finanziari di un'altra (c.d. avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando; in sostanza, ciò che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo; ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità.

Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032, Pres. M. L. Torsello, Est. P. G. N. Lotti

Avvalimento – Presupposti di legittimità – Impresa ausiliaria – Impegno chiaro e concreto – Apparato organizzativo – Requisito di garanzia

L'unico limite imposto dall'ordinamento all'avvalimento è che non si risolva nel prestito di una mera «condizione soggettiva», del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali, dovendo l'impresa ausiliaria assumere l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e, quindi, a seconda dei casi, i mezzi, il personale, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto; di conseguenza il limite di operatività dell'istituto è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, ma è invece necessario che dal contratto di avvalimento risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia.

Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1039, Pres. G. Severini, Est. O. M. Caputo

Avvalimento – Requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi o di attestazione della certificazione SOA – Riferimento alle direttive comunitarie – Natura giuridica dei legami

Il contratto di avvalimento, che consente che a fini di partecipazione ad una gara un imprenditore possa comprovare alla stazione appaltante il possesso dei requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi o di attestazione della certificazione SOA, facendo riferimento alle capacità di altro soggetto (ausiliario), che con lui assuma contrattualmente, impegnandosi nei confronti della stazione appaltante, una responsabilità solidale, recepisce le indicazioni delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici che prevedono che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con questi ultimi, e consente così di ampliare la platea dei soggetti idonei a partecipare alle gare d'appalto.

Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2016, n. 1504, Pres. G. Severini, Est. L. M. Tarantino

Cauzione provvisoria d'importo insufficiente e/o deficitario – Principio di tassatività delle cause di esclusione– La stazione appaltante deve chiedere l'integrazione

In base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46 comma 1 bis, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria

d'importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla lex specialis, ovvero di una cauzione incompleta, e non già del tutto assente, dovendo in tal caso l'impresa essere previamente invitata dalla stazione appaltante ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto; si tratta di regola da applicare anche se il concorrente ha inteso avvalersi della possibilità di prestare la cauzione in misura ridotta, secondo quanto previsto dall'art. 75 comma 7, cit. d.lg. n. 163 del 2006, pur senza fornire la prova del possesso della certificazione ISO mediante produzione documentale.

Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1033, Pres. M. L. Torsello, Est. C. Contessa

Informativa antimafia interdittiva per un' impresa componente – Prosecuzione del rapporto con l'impresa superstite – Possibilità per la stazione appaltante – Partecipanti – R.T.I.

Ai sensi dell'art. 37 commi 18 e 19, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, nel testo integrato dal d.lg. 31 luglio 2007, n. 113, quando una misura interdittiva antimafia colpisce un'impresa mandante o mandataria di un r.t.i., è consentito all'Amministrazione di proseguire il rapporto di appalto con l'impresa superstite (naturalmente, alle condizioni del possesso dei necessari requisiti di qualificazione richiesti dal bando), in tal modo contemperandosi il prosieguo dell'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza e all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso, ogni volta che, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini volontariamente l'allontanamento e la sterilizzazione delle imprese in pericolo di condizionamento mafioso.

Cons. Stato, sez. III, 07 marzo 2016, n. 923, Pres. F. Patroni Griffi, Est. P. Ungari

Costo del personale – Accertamento della sua compatibilità con i minimi salariali contrattuali della manodopera – Ribasso – Verifica dell'anomalia dell'offerta – Esclusione

Nelle gare pubbliche l'offerta non deve essere determinata al netto del costo del personale, come invece espressamente previsto per gli oneri di sicurezza e, quindi, la stazione appaltante deve accertare la compatibilità della stessa anche con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera, con la conseguenza che il ribasso offerto può essere giustificato, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, da una organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, ma rispettando e tutelando al contempo il costo della stessa.

Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1049, Pres. F. Caringella, Est. F. Franconiero

Rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale nel contenzioso appalti – Ordine logico delle questioni – Non può costituire motivo di preclusione dell'esame della questione da parte della Corte di giustizia, neppure in presenza di una pronuncia dell'Adunanza plenaria

1) *L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente.*

2) *L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.*

3) *L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.*

Corte Giust. UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Pres. K. Lenaerts, Rel. E. Juhász

Documentazione di gara – Divieto di regolarizzazioni postume – l'impresa partecipante alla gara pubblica deve essere in regola con gli obblighi imposti per legge sin dalla presentazione delle offerte

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, deve darsi continuità

all'indirizzo interpretativo secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016 n. 1557, Pres. V. Poli, Est. F. Taormina

Requisiti di moralità – Art. 38 comma 1 lett. c) – Condanne penali – Completa ed effettiva dissociazione – Interpretazione rigorosa – Sanzione del licenziamento –Impresa partecipante – Precedenti penali

L'art. 38 comma 1 lett. c), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, per il quale l'esclusione dalla gara per rilevanti condanne penali va disposta "qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata", va interpretato nel senso di attribuire alla espressione di "completa ed effettiva dissociazione" una interpretazione rigorosa, che però deve comportare la sanzione del licenziamento solo per giustificato motivo oggettivo, atteso il suo carattere di estrema afflittività per il dipendente.

Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1024, Pres. M. Atzeni, Est. C. Contessa

Requisiti di moralità – Art. 38 comma 1 lett. i) – Obblighi previdenziali e assistenziali – Regolarizzazioni postume – Non sono consentite

Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 31 comma 8, d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando quindi irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva; in sostanza l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7 comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31 comma 8, d.l. n. 69 del 2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2016, n. 1471, Pres. L. Maruotti, Est. C. Deodato

Requisiti di moralità – Omessa dichiarazione di assenza di condanne penali a carico del direttore tecnico – Determina l'esclusione dalla gara, senza possibilità d'invocare il soccorso istruttorio né il c.d. falso innocuo

Nelle gare pubbliche l'esclusione di un'impresa dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per mancata allegazione della dichiarazione attestante l'assenza di procedimenti o condanne penali a carico del direttore tecnico, prevista dall'art. 38, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, è legittima e compatibile con la direttiva appalti n. 2004/18/CE; inoltre, l'esclusione non può essere evitata con la produzione della documentazione in un momento successivo, atteso che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza obbligano l'Amministrazione ad escludere un operatore che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era prevista dalla lex specialis *a pena di esclusione, e non vi è possibilità d'invocare il soccorso istruttorio né il c.d. falso innocuo.*

Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2016, n. 1641, Pres. G. Severini; Est. O. M. Caput

Società *in house* – Società mista a partecipazione pubblica – Differenza

Nelle gare pubbliche la differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza; in quest'ultimo caso l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto.

Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1028, Pres. M. L. Torsello, Est. P. G. N. Lotti

* * *

All'esito della entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 *(Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)***, in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016, si segnalano alcune norme del nuovo Codice, relative agli istituti sui quali più spesso, nel corso del decennio di applicazione del**

precedente, la giurisprudenza recensita nella rassegna è stata chiamata a pronunciarsi. In nota vengono riportate le corrispondenti previsioni del Codice previgente.

Art. 32. Fasi delle procedure di affidamento[1]

1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.

2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

3. La selezione dei partecipanti e delle offerte avviene mediante uno dei sistemi e secondo i criteri previsti dal presente codice.

4. Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

5. La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione.

6. L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8.

7. L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

8. Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisionali. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

9. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

10. Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54,nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55,nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b).

11. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

[1] La norma corrisponde all'art.11 (*Fasi delle procedure di affidamento)* del previgente Codice, approvato con d.lgs.163/2006.

12. Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti.

13. L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8.

14. Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri. essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15.

Art. 80. Motivi di esclusione [2]

1. Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-*bis* del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, 353-*bis*, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d)delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e)delitti di cui agli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1* del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

2. Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-*bis*, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

3. L'esclusione di cui al comma 2 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del Cons. amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602.

[2] La norma corrisponde all'art. 38 (*Requisiti di ordine generale)* del previgente Codice, approvato con d.lgs.163/2006.

Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015.Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice; b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110; c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile; e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67non possa essere risolta con misure meno intrusive; f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81; g) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione; h) l'operatore economico abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55. L'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa; i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito; l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio; m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.

7. Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

8. Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico

non è escluso della procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico.

9. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 7 e 8 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.

10. Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale.

11. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o degli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.

12. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

13. Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un procedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).

14. Non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusioneprevisti dal presente articolo.

Art. 89. Avvalimento [3]

1. L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

2. Nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest'ultimo riferito all'abito temporale di validità del sistema di qualificazione.

[3] La norma corrisponde agli artt. 49 (*Avvalimento)* e 50 *(Avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione)* del previgente Codice, approvato con d.lgs. 163/2006.

3. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici.

4. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

5. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

6. È ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto.

7. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

9. In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.

10. L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

11. Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. È considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore delle opere superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15.

Diritto tributario

Problematiche ancora aperte per la tassazione dell'atto dispositivo dei *trust* 456
di Clelia Buccico

Il contraddittorio endoprocedimentale nell'accertamento tributario: l'esame della giurisprudenza della Suprema Corte 472
di Stanislao De Matteis

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE 505
a cura di Maria Pia Nastri

Clelia Buccico
Professore associato di Diritto Tributario – Seconda Università degli Studi di Napoli

Problematiche ancora aperte per la tassazione dell'atto dispositivo dei *trust*

abstract

The moment that now poses major problems for the taxation of trusts is the act device. "Indirect taxes on wealth transfers" are the class of physiologically affected by the act tributes device. The debate focused on the taxability or otherwise of translational shops connected to the trust, the consequent applicability, in case of a hit, the duties on transfers, or rather the tax on inheritance and gift tax in light of the re-introduced with 262 Dl / 2006. To exacerbate the uncertainty has helped the 'Revenue Agency with an orientation anchored to a vision that does not take into account the institution's versatility. Despite numerous judgments about the succession in bad years to the tax authorities, the long-awaited Court of legitimacy of the guidelines have disowned by creating a "new" tax legislation did not exist before. The hope is regulatory intervention which puts the controversy in order to have a precise and correct definition of the fields of application of the various indirect taxes in respect of the trust.

keywords

Taxation of trusts – Indirect taxes.

abstract

Il momento che ad oggi pone maggiori problematiche di tassazione per il trust *è l'atto dispositivo. Le "imposte indirette sui trasferimenti di ricchezza" sono la categoria di tributi fisiologicamente interessata dall'atto dispositivo. Il dibattito si è incentrato sulla imponibilità o meno dei negozi traslativi connessi al* trust*, sulla conseguente applicabilità, in caso di risposta positiva, delle imposte sui trasferimenti o piuttosto dell'imposta sulle successioni e donazioni anche alla luce della reintrodotta imposta con il Dl 262/2006. Ad acuire l'incertezza ha contribuito l'Agenzia delle Entrate con un orientamento ancorato ad una visione che non tiene conto della poliedricità dell'istituto. Nonostante innumerevoli sentenze di merito susseguitesi negli anni sfavorevoli all'Amministrazione finanziaria, i tanto attesi orientamenti della giurisprudenza di legittimità le hanno sconfessate creando una sorta di "nuova" normativa tributaria prima non esistente. L'auspicio è un intervento normativo che dirima le numerose controversie per poter aver una precisa e corretta delimitazione degli ambiti applicativi dei vari tributi indiretti nei riguardi del* trust.

parole chiave

Tassazione dei trust *– Tassazione indiretta.*

sommario

1. *Trust* e imposte indirette: i momenti impositivi. – **2.** L'atto o gli atti dispositivi. – **2.1.** L'imposta di successione e donazione. – **2.1.1.** Gli orientamenti della parassi. – **2.1.2.** Gli orientamenti della dottrina, della giurisprudenza e conseguenti critiche all'orientamento della prassi. – **2.1.3.** Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità. – **2.2.** L'imposta di registro. – **2.3.** Le imposte ipotecarie e catastali. – **3.** Ultimi orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità. – **4.** Conclusioni.

1. *Trust* e imposte indirette: i momenti impositivi

Non vi è attualmente alcuna disposizione che regolamenti espressamente il trattamento applicabile, ai fini dell'imposizione indiretta, alle attribuzioni dei beni in trust. Gli interventi normativi via via succedutisi nel tempo hanno, infatti, interessato, in maniera esplicita, solo gli aspetti relativi all'imposizione diretta in materia di trust. Il trattamento fiscale degli atti che caratterizzano la vita del trust, ai fini delle imposte indirette, deve pertanto essere determinato in via interpretativa sulla base delle norme esistenti.

Prima di procedere però all'analisi dei profili tributari del *trust* è necessaria una premessa generale.

L'art. 19 della Convenzione dell'Aja dispone che la medesima «non pregiudicherà la competenza degli Stati in materia fiscale».

Allo stato attuale, il suddetto art. 19 della Convenzione costituisce l'unico riferimento normativo al trattamento tributario del *trust*. L'entrata in vigore di tale accordo internazionale non ha comportato perciò innovazioni nel sistema di diritto tributario italiano, lasciando autonomia agli Stati contraenti in materia di disposizioni fiscali applicabili[1].

In assenza, tuttora, di un intervento in materia da parte del legislatore – nonostante le sollecitazioni in

[1] Risoluzione Agenzia delle Entrate, Direzione centrale normativa e contenzioso, in data 17 gennaio 2003, n. 8/E; Agenzia delle Entrate, Direzione centrale normativa e contenzioso nota n. 30900, in data 4 marzo 2003, in risposta all'interpello n. 576/2002.

tal senso[2] – si deve fare ricorso all'interpretazione, al fine di individuare, nell'ordinamento vigente, le regole applicabili alle singole fattispecie.

Sulla scorta di quanto detto in premessa possiamo affermare che la valida costituzione di un *trust* convenzionalmente rilevante richiede, sotto il profilo giuridico, una "vicenda modificativa" che si qualifica in termini di "destinazione", oggettivamente vincolata, di un complesso di beni e/o diritti alla soddisfazione di un interesse superiore del disponente: essa, infatti, si risolve in una "segregazione" del patrimonio rispetto a quello personale del *trustee* e comporta l'apposizione di un "vincolo di scopo" ai poteri gestori dello stesso.

Questa "destinazione" implica e presuppone la piena titolarità delle situazioni giuridiche oggetto del *trust*, con tutte le facoltà e i poteri ordinariamente connessi, i quali – lungi dall'essere limitati – debbono soltanto essere esercitati dal *trustee* in funzione del (e coerentemente col) "vincolo di scopo" imposto dal *settlor* all'attività gestoria.

La "destinazione" – convenzionalmente richiesta – è dunque un concetto ampio e, in ragione di ciò, tale da ricomprendere anche gli atti impressi al patrimonio devoluto in *trust* che si traducono in un vero e proprio "trasferimento" dei beni al *trustee*. Ma anche in questo caso, il concetto di "destinazione" non coincide con la nozione di "trasferimento del diritto" propria della nostra tradizione giuridica: i trasferimenti dei beni attuativi di una "destinazione" in *trust* sono dei "trasferimenti qualificati", in quanto produttivi – per le caratteristiche della fattispecie in cui si inseriscono – dei due ulteriori effetti della "segregazione" e del "vincolo di scopo", motivo per cui – pur producendo appieno il tipico effetto di modificazione soggettiva delle situazioni giuridiche interessate – non possono essere fiscalmente apprezzati nella loro oggettiva natura di mera modificazione patrimoniale quantitativa[3].

Proprio in ragione della centralità e peculiarità del concetto di "destinazione" – così come definito e qualificato – nel complesso delle vicende giuridiche relative al *trust*, l'istituto ha trovato, e trova, notevoli difficoltà nel settore delle imposte indirette sui trasferimenti di ricchezza, ove non è dato ravvisare spazio per un generale riconoscimento della rilevanza dei fenomeni di "destinazione" in quanto tali ed in senso convenzionale: in questo settore, infatti, i tributi sono strutturati secondo logiche applicative che sono imperniate su mere modificazioni patrimoniali qualitative o quantitative connotate in termini di "trasferimento" in senso tecnico, e senza effetti ulteriori, come dimostrano le due "imposte indirette sui trasferimenti di ricchezza" per eccellenza, quali l'imposta sulle donazioni (avente ad oggetto i trasferimenti liberali) e l'imposta di registro (aventi ad oggetto i trasferimenti onerosi)[4].

Sul terreno tributario, le implicazioni derivanti dal riconoscimento – prima fra tutte la segregazione dei beni in *trust* – devono essere valutate dall'interprete in concreto, tenuto conto della molteplicità dei rapporti giuridici, della loro evoluzione, oltre che della circostanza che sono modificabili *ex post* gli essenziali elementi di collegamento del *trust* con il territorio nazionale (localizzazione dei beni, sede di amministrazione, del *trust*, residenza del *trustee* o dei beneficiari, ecc.)[5].

Considerando, infatti, il fatto che i *trusts* possono essere utilizzati per una molteplicità di scopi ed il fatto che «l'ordinamento italiano potrà conoscere una variegata tipologia di applicazioni concrete dell'istituto, ciascuna caratterizzata dalla legge regolatrice scelta dal disponente», è «pressoché impossibile inseguire una casistica, che è aprioristicamente indeterminabile, dovendosi ripiegare sulla previsione delle applicazioni più frequenti dell'istituto, secondo una catalogazione che tenga conto di caratteristiche generali ed uniformanti»[6].

Premesso ciò, per tentare di ipotizzare un probabile sistema impositivo si deve sempre tenere conto della fattispecie concreta a causa della varietà delle configurazioni dei *trusts* e, una volta individuate le caratteristiche specifiche, si devono evidenziare i momenti fiscalmente rilevanti che emergono dal confronto con la normativa tributaria italiana[7].

Si premette, al riguardo, che, derivando dal *trust* un rapporto giuridico trilaterale tra *settlor, trustee* e beneficiari, i suoi profili tributari sono in funzione delle singole relazioni giuridiche bilaterali che vengono a crearsi fra i vari soggetti e precisamente: un rapporto essenzialmente fiduciario, consistente in un'attribuzione patrimoniale, tra *settlor* e *trustee*, col quale quest'ultimo viene incaricato di amministrare e gestire i beni in funzione dello scopo concordato; un successivo negozio traslativo tra *trustee* e beneficiari finali, compiuto in adempimento dell'obbligo assunto con il negozio istitutivo di *trust* [8].

Ai fini delle imposte indirette rilevano sei "momenti impositivi": l'atto istitutivo; l'atto o gli atti dispositivi; eventuali operazioni compiute durante la vita del *trust*: atti gestori compiuti dal *trustee*; il trasferi-

[2] Lo stesso Secit, con la delibera in data 11 maggio 1998, n. 37, *La circolazione dei "trusts" esteri in Italia,* aveva deliberato la "necessità di un intervento normativo diretto a disciplinare i diversi profili civilistici e fiscali" del *trust*.

[3] A. Giovannini, *Problematiche fiscali del trust*, in *Boll. trib.* 2001; A.Contrino, *Trusts liberali e imposizione indiretta sui trasferimenti dopo le modifiche (l. n. 383/2001) al tributo sulle donazioni,* in *Rass. trib.*, 2004, p. 434.

[4] Sulla differenza concettuale esistente fra le due forme di imposizione, G. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni*, Padova, 1993.

[5] C. Brunelli, *Trust e imposte indirette*, Studio n. 80/2003/T del Notariato, 21 novembre 2003.

[6] Relazione Secit n. 37 dell'11 maggio 1998, cit.

[7] R. Lupi, *La tassazione dei redditi del trust: il trustee*, in Aa.Vv., *I trusts in Italia oggi op.cit*, p. 327.

[8] G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 162 e ss.

mento di beni del *trust* in seguito alla sostituzione o alla successione del *trustee*; il trasferimento dei beni ai beneficiari; la cessione da parte dei beneficiari dei loro interessi (diritti o aspettative) nel *trust*.

Non tutti i momenti impositivi determinano problematiche di tassazione, sicché in tale scritto ci soffermeremo solo sulla tassazione dell'atto dispositivo.

2. L'atto o gli atti dispositivi

Con l'atto dispositivo che è collegato all'atto istitutivo, il *settlor* trasferisce i beni o i diritti al *trustee* per il raggiungimento degli scopi del *trust*, determinandone l'automatica "segregazione" rispetto allo *stock* patrimoniale appartenente al *trustee* a titolo personale.

Complesso è l'inquadramento tributario dell'atto di dotazione/segregazione col quale il *settlor* attribuisce i beni al *trustee* [9].

Il *settlor* perde la titolarità dei beni, al *trustee* viene attribuito il potere di gestione e amministrazione di tali beni senza che essi entrino a far parte del suo patrimonio personale e il *trust* ha autonomia patrimoniale quale centro di imputazione autonomo degli effetti giuridici derivanti dalla gestione del *trustee*[10].

Le "imposte indirette sui trasferimenti di ricchezza" sono la categoria di tributi fisiologicamente interessata dall'atto dispositivo, in considerazione, da un lato, degli "effetti giuridici" e, dall'altro, della "gratuità"[11] che connotano questi "atti": in ragione di questi due elementi caratterizzanti, i tributi indiretti astrattamente interessati sono, per il primo profilo considerato, la "imposta di registro" e, per il secondo, la "imposta sulle donazioni".

Il dibattito dottrinario[12] e della giurisprudenza di merito[13] si è incentrato sulla imponibilità o meno dei negozi traslativi connessi al *trust*, sulla conseguente applicabilità, in caso di risposta positiva, delle imposte sui trasferimenti o piuttosto dell'imposta sulle successioni e donazioni, con particolare attenzione alla problematica sulla doppia imposizione, nel caso in cui si ritenga di sottoporre a tassazione sia l'atto dispositivo dal *settlor* al *trustee,* sia l'atto dispositivo successivo dal *trustee* ai beneficiari.

Coloro che sostenevano l'applicazione dell'imposta di registro, mancando sia lo spirito di liberalità sia l'arricchimento per il *trustee,* apportavano giustificazioni non sempre concordi.

Secondo alcuni, gli atti di trasferimento dovevano scontare l'imposta di registro in misura proporzionale assimilando gli effetti di questi negozi a quelli propri di un mandato senza rappresentanza[14].

Secondo altri, gli atti di trasferimento erano invece ricompresi nella categoria residuale, *ex* art.9 della Tariffa, degli "Atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale...", ma comunque soggetti ad aliquota proporzionale con applicazione dell'aliquota del tre per cento a prescindere dalla natura dei beni o diritti trasferiti[15].

Secondo altri ancora, laddove non venissero individuati i beneficiari o lo fossero solo successivamente gli atti sarebbero assoggettabili ad imposta di registro in misura fissa sottolineando che l'atto di segregazione, che sancisce l'attribuzione del *trust fund* nella disponibilità, ma non nella proprietà, del *trustee* non integra un vero e proprio trasferimento di beni[16].

Coloro che invece sostenevano l'applicazione dell'imposta sulle donazioni, anch'essi con giustificazioni non sempre concordi, partivano dal presupposto che i negozi dispositivi devolvevano ricchezza ai beneficiari[17].

La tesi maggioritaria riteneva che fosse «... inaccettabile l'idea di mandare esente dal prelievo l'attribuzione di cui si discorre... »[18], sostenendo la possibilità

[9] L. De Angelis, *Questioni di diritto sostanziale e tributario connesse al riconoscimento del trust nell'ordinamento italiano. Lacune normative e prospettive di regolamentazione, (Parte prima e parte seconda),* in *il fisco*, 2002; G. Cesaro, *Il trust: quale disciplina?*, in *Contratti*, 1998, 6, p. 619 e ss.

[10] G. De Nova, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 162.

[11] A. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in Trattato di diritto civile (diretto da R. Sacco), Torino, 2000, p.120; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 515.

[12] Per le contrapposte posizioni, si vedano, per tutti, G. Gaffuri-F.V. Albertini, *Disciplina fiscale dei* trusts*: costituzione e trasferimento dei beni*, in *Boll. trib.*, 1995, p. 1704, e A. Fedele, *Visione d'insieme della problematica interna*, in *I trust in Italia oggi*, op. cit., 1996 p. 284; F. Montanari, *Trusts interni disposti inter vivos e imposte indirette: considerazioni civilistiche e fiscali a margine din un rilevante dibattito dottrinale, disposti*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, p. 384.

[13] Cfr. C.t.p. Treviso, 29 marzo 2001, n. 27, e, in contrapposizione ed a favore dell'imposizione di registro, C.t.p. Lodi, 5 novembre 2001, n. 135, entrambe in *Dir. prat. trib.*, 2002, II, p. 276; con nota di F. Montanari, *Aspetti civilistici e fiscali dei trusts disposti* inter vivos*: un contrasto giurisprudenziale.* Per un ulteriore commento a queste sentenze, R. Dominici, *Atto di trasferimento al trust. Commento a Commissione tributaria provinciale di Lodi, n. 135/2001,* in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, p. 51, e G. Longobardi - L. Arcangeli, *Trasferimento di immobili al trustee: imposta sulle donazioni o imposta di registro*?, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 374. Com. trib. reg. Venezia, 23 gennaio 2003, n. 104, in *Trusts*, 2003, p. 253, con commento di P. Rotondo - E. Senini - E. Lizza, *Profili donativi nel trasferimento al trustee di un trust liberale*.

[14] A. Giovannini, *Trust e imposte sui trasferimenti*, in *Rass. Trib.*, 2000, p. 1111 e seguenti, che individuava nel successivo trasferimento dei beni dal *trustee* ai beneficiari il presupposto per l'applicazione dell'imposta sulle donazioni.

[15] A. Fedele, *Visione d'insieme della problematica interna*, cit., p. 287, e, sostanzialmente nello stesso senso, F. Gallo, *Trust, interposizione*, in Aa.Vv., I *trusts* in Italia oggi, *op. cit.,* p. 298, e M. Lupoi, *Trusts,* op. cit., pp. 617-618, nonché la sentenza della C.t.p. Lodi, 5 novembre 2001, n. 135.

[16] L. De Angelis, *Questioni di diritto sostanziale e tributario connesse al riconoscimento del trust nell'ordinamento italiano: lacune normative e prospettive di regolamentazione,* cit., p. 581.

[17] C.t.p. Treviso, 29 marzo 2001.

[18] F. Pistolesi, *La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts*, cit., p. 149, G. Gaffuri - F. V. Albertini, *Disciplina fiscale dei trusts: costituzione e trasferimento*

di applicare estensivamente la disposizione dell'art. 58, comma 1, del d.lgs. 31 ottobre 1990, n.346 (Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni) secondo la quale: «Gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari», quindi con imposizione in capo ai beneficiari e immunità dal tributo per il *trustee*; altri invece sostenevano la tesi della "donazione condizionata" in base a quanto disciplinato dall' art. 58, comma 2[19], del citato decreto, in combinato disposto con l'art. 27 del d.p.r. n. 131/1986 con imposizione in capo ai beneficiari (soggetti passivi del tributo) al momento della successiva devoluzione effettuata dal *trustee* a loro favore[20].

L'Amministrazione finanziaria[21], poi, ha tentato di estendere per via interpretativa il regime previsto per la "sostituzione fedecommissaria", in base all'art. 58, comma 3, del d.lgs. n. 346/1990 secondo il quale «... Se nell'atto di donazione è prevista la sostituzione di cui all'art. 692 del codice civile si applicano le disposizioni dell'art. 45»[22].

Infine ritroviamo coloro che, sulla scia della dottrina civilistica, ravvisavano negli atti di trasferimento realizzati nell'ambito dei *trusts* liberali *inter vivos* una "donazione indiretta", mediante un'assimilazione delle vicende giuridiche ad un "contratto a favore di terzo attuato a fini di liberalità" ovvero ad una "donazione indiretta di tipo fiduciario".

Tale interpretazione, aveva trovato in effetti, riscontro nell'art. 69 della legge 21 novembre 2000, n. 342 che aveva riformato il testo unico dell'imposta sulle successioni e donazioni[23].

In particolare, l'introduzione del comma 4-*bis* dell'art. 1 e dell'intero art. 56*bis*, aveva individuato come presupposto dell'imposta anche le "liberalità indirette"[24], formalizzate o meno in un atto scritto.

Il dibattito è poi cessato all'indomani della legge 18 ottobre 2001, n. 383 che all'art.13 aveva previsto l'abolizione dell'imposta sulle successioni e donazioni.

La tregua però è durata solo pochi anni, infatti, con l'art.2, comma 47 del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, come modificato in sede di conversione dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, è stata reintrodotta, con alcune modifiche, l'imposta sulle successioni e donazioni.

2.1. L'imposta di successione e donazione

In passato, prima che l'imposta sulle successioni e donazioni venisse soppressa, la dottrina aveva quasi unanimemente accolto l'idea secondo cui la giustificazione, ossia il suo «presupposto» – inteso come l'indice di capacità contributiva colpito dal tributo – dovesse individuarsi nell'arricchimento del destinatario di una attribuzione patrimoniale[25].

Con la reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni il relativo presupposto (nel suo profilo oggettivo) è stato ampliato e tale tributo si applica adesso «sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione»[26].

Tale nuova formulazione pone alcuni problemi per il suo coordinamento con il presupposto come sopra individuato.

A ben guardare sono problemi superabili se si considera che il nuovo oggetto dell'imposta comprende,

dei beni, cit., p. 1704.

[19] «Per le donazioni sottoposte a condizione si applicano le disposizioni relative all'imposta di registro».

[20] cfr. G. Gaffuri - F. V. Albertini, *op. ult. cit.*, p. 1706. Alla prima soluzione (donazione modale) ha successivamente aderito G. Palumbo, *Profili tributari dei "common law trusts"*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, p. 210; alla seconda, invece, A. Giovannini, *Trust e imposte sui trasferimenti*, cit., p. 1118. *Contra*, D. Stevanato, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio*, Padova, 2000, p. 175-180, e F. Pistolesi, *La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts*, cit., p. 150-151.

[21] Relazione Secit n. 37 dell'11 maggio 1998, cit. Successivamente, Agenzia delle Entrate, DRE dell'Emilia Romagna, Fiscalità generale - 2 novembre 2005, prot. n. 909-49466/2005; DRE Liguria, Risposta a Interpello prot. n. 19972/2003 del 2003, cit.; Id., Risposta a Interpello prot. n. 903-14743/2004 del 2004.

[22] L'art. 45 sancisce che: «1. L'imposta, nel caso previsto dall'art. 692 del codice civile, si applica nei confronti dell'istituito su unvalore pari a quello dell'usufrutto sui beni che formano oggetto della sostituzione fedecommissaria. 2. L'imposta, alla morte dell'istituito, si applica nei confronti del sostituito in base al valore dei beni alla data dell'apertura della successione, ferma restando l'imposta già applicata a norma del comma 1. 3. L'imposta, quando la sostituzione non ha luogo, si applica nei confronti dell'istituito in base al valore della piena proprietà dei beni alla data di apertura della successione, detraendo l'imposta precedentemente pagata». A. Giovannini, Trust e imposte sui trasferimenti, cit., invece, giustamente sostiene che «Trust e sostituzione fedecommissaria… non sono fenomeni sovrapponibili in quanto il codice, da un lato e diversamente dalla legge sui trusts, immette l'istituito solo nell'amministrazione e godimento dei beni (art. 693); da un altro, qualifica la sostituzione come categoria, sempre e soltanto, di natura successoria. Inoltre, a differenza di quanto disposto dall'art. 696, ultimo comma, il *trustee* non è vincolato al trasferimento dei beni alla sua morte e neppure può essere assimilato, anche limitatamente al diritto tributario, all'usufruttuario», p. 1119.

[23] G. Marongiu, *La riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni*, in AA.VV., *L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme*, Milano, 2001, p. 14; A. Fedele, *Le innovazioni nella legge n. 342 del 2000, le definizioni della* ratio *del tributo. I rapporti con l'imposta di registro, ibidem,* p.63. In particolare, sulle ragioni del progressivo "svuotamento" e della sostanziale crisi del tributo successorio, R. Lupi, *Successioni e donazioni: crisi e prospettive di un'imposta con due anime*, in *Boll. trib.*, 1996, p. 933.

[24] R. Lupi, *Le liberalità non formalizzate nella riforma del tributo successorio*, in *Rass. Trib.*, 2001, p. 330 e seguenti, e D. Stevanato, *Le liberalità tra vivi nella riforma del tributo successorio*, in Aa.Vv., *L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme*, *op. cit.*, p. 245.

[25] Per tutti, G. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni*, Padova, 1993.

[26] Il d.l. 262/2006 dopo aver dapprima previsto l'applicazione dell'imposta di registro sugli atti di costituzione di vincoli di destinazione, in sede di conversione ha invece stabilito il loro assoggettamento all'imposta sulle successioni e donazioni.

accanto ai trasferimenti a causa di morte o per donazione (già presenti nell'art. 1 del d.lgs. n. 346/1990 e della cui idoneità a procurare un incremento del patrimonio dell'erede o del donatario non può dubitarsi), i trasferimenti di beni e diritti a titolo gratuito e la costituzione di vincoli di destinazione; ovvero due fattispecie la prima delle quali (i trasferimenti a titolo gratuito) individua comunque attribuzioni patrimoniali che si risolvono in un incremento netto della sfera economica del soggetto che acquista il bene o diritto e la seconda (la costituzione di vincoli di destinazione) è suscettibile in ogni caso di essere ricondotta ad ipotesi coerenti con il presupposto[27] anche nella convinzione che il legislatore ha inteso riferirsi ai fini dell'assoggettamento all'imposta, non ad un particolare atto, ma agli effetti provocati da un determinato atto[28]. L'imposta sulle successioni e donazioni dovrebbe trovare applicazione non già «in relazione a vincoli di destinazione costituiti mediante trasferimento di beni», bensì in relazione ad atti costitutivi di vincoli di destinazione in cui l'effetto segregativo (quale effetto tipico di tali atti) sia "funzionale" al (successivo) trasferimento della proprietà dei medesimi beni "vincolati" a favore di soggetti beneficiari diversi dal soggetto disponente.

Solo così, infatti, verrebbe assicurata una lettura costituzionalmente orientata del "nuovo" presupposto d'imposta, in quanto rispettosa del principio di capacità contributiva, da identificarsi, per il tributo successorio, in una «capacità economica rappresentata da un incremento patrimoniale ricevuto senza sforzo dal beneficiario di una liberalità» ovvero, più correttamente, dal beneficiario di un trasferimento a titolo liberale o gratuito[29].

In altri termini, al fine di integrare il presupposto d'imposta non può bastare il mero trasferimento di un bene o un diritto in capo ad un soggetto diverso dal disponente, essendo invece necessario che da tale trasferimento derivi per il soggetto ricevente uno stabile e definitivo arricchimento senza che quest'ultimo debba sopportare alcun sacrificio economico.

Di contro, non possono che restare esclusi dall'ambito applicativo dell'imposta *de qua* tutti i trasferimenti di beni e diritti non aventi natura liberale o gratuita, ma onerosa; se così non fosse, si avrebbe un'irrazionale ed incostituzionale sovrapposizione tra l'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni e quello dell'imposta di registro.

I soggetti passivi, invece, non sono stati modificati onde, stando alla lettera dell'art. 5 del d.lgs. n. 346/1990, il tributo dovrebbe continuare a rendersi applicabile nei soli confronti degli «eredi e legatari per le successioni» e dei «donatari per le donazioni e (dei) beneficiari per le altre liberalità tra vivi».

2.1.1. Gli orientamenti della parassi

Fatta tale breve doverosa premessa, si evidenzia come ad oggi l'applicabilità dell'imposta sulle successioni e donazioni per i *trust* è ancora oggetto di dibattiti e contrasti dottrinali e giurisprudenziali soprattutto alla luce della posizione presa dall'Agenzia delle Entrate[30] secondo la quale, «tra i vincoli di destinazione rientra anche la costituzione di trust, con la conseguenza che la disciplina recata dal predetto decreto-legge rappresenta il primo approccio sistematico della normativa nazionale in ordine alle modalità di applicazione delle imposte indirette al trust» e che « la costituzione di beni in trust rileva, in ogni caso, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal tipo di trust».

Da quanto detto è evidente che per l'Amministrazione vi sia l'immediata tassazione del *trust* all'atto della segregazione dei beni, senza dovere attendere i successivi atti di attribuzione eventualmente posti in essere, sia l'irrilevanza fiscale di ogni successiva attribuzione ai beneficiari avente ad oggetto gli stessi beni segregati o eventuali incrementi o diminuzioni del patrimonio del *trust*[31].

Ciò che rileva è il vincolo di destinazione che assume direttamente rilievo impositivo, non in quanto tale, ma perché in grado di determinare «una prospettiva giuridicamente inequivoca e suscettibile di tutela, di un vantaggio patrimoniale tangibile in favore del soggetto beneficiario diverso dall'autore del vincolo funzionale»[32].

Per l'Agenzia delle Entrate il *trust* si sostanzia in un rapporto giuridico complesso con un'unica causa fiduciaria che caratterizza tutte le vicende del *trust* (istituzione, dotazione patrimoniale, gestione, realizzazione dell'interesse del beneficiario, raggiungimento dello scopo) e «ciò induce a ritenere che la costituzione del vincolo di destinazione avvenga sin dall'origine a favore del beneficiario (naturalmente nei trust con beneficiario) e sia espressione dell'unico disegno volto a consentire la realizzazione dell'attribuzione liberale»[33].

L'unicità della causa fa ritenere che il presupposto si realizza solo nel momento della costituzione del vincolo con contestuale trasferimento della titolarità giuridica dei beni e fa sì che l'imposta sulle successioni e

[27] G. Fransoni, *Allargata l'imponibilità dei vincoli di destinazione*, in *Corr. trib.,* 2008, p. 645.

[28] A. Busani, *Imposta di donazione su vincoli di destinazione e trust*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 361.

[29] D. Stevanato, *I "Trusts" e la capacità economica colpita dal tributo successorio*, in *Dialoghi Trib.*, 2009, p. 333.

[30] Circolari del 6 agosto 2007, n. 48 e del 22 gennaio 2008, n. 3, cit.

[31] A. Cavallo, *Note in tema di applicabilità ai trust dell'imposta di successione e donazione con particolare riferimento al trust autodichiarato,* in *La Riv.di Fin.*, 2014, p. 20; D. Stevanato, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio,* Padova, cit., p.184. cfr. anche, C.t.p. Lodi, sez. I, 12 gennaio 2009, n. 12.

[32] G. Gaffuri, *Note riguardanti la novellata imposta sulle successioni e donazioni, Rass.trib.*, 2007, p. 455.

[33] Circolare n. 48/E 2007, cit.

donazioni dovuta sulla costituzione di vincoli di destinazione debba essere corrisposta in misura proporzionale al momento della segregazione del patrimonio[34].

L'Agenzia delle Entrate individua così la manifestazione di capacità economica colpita dal reistituito tributo successorio nella mera costituzione di un vincolo di destinazione "con modalità traslative". In altri termini, secondo l'interpretazione ministeriale, ciò che rileverebbe ai fini impositivi non è l'esistenza di una stabile e definitiva attribuzione patrimoniale in capo ad un soggetto diverso dal disponente (ricevuta senza la sopportazione di alcun sacrificio economico), bensì la semplice circostanza che il vincolo di destinazione sia costituito "mediante trasferimento di beni" e, cioè, che il vincolo di destinazione sia costituito all'interno di un patrimonio di un soggetto diverso da quello del disponente. Di contro, se il vincolo di destinazione è realizzato "su beni che, seppur separati rispetto al patrimonio del disponente, rimangono a quest'ultimo intestati, non può considerarsi un atto dispositivo rilevante ai fini dell'applicazione dell'imposta"[35].

Al fine di determinare l'aliquota applicabile e le franchigie eventualmente fruibili occorre assumere a riferimento il rapporto di parentela o di coniugio intercorrente tra il disponente e il beneficiario (e non quello tra disponente e *trustee*).

Quindi secondo l'Agenzia delle Entrate indipendentemente dalla tipologia e dalle caratteristiche del *trust*, l'atto dispositivo con il quale il disponente trasferisce i beni nel fondo in *trust* rileva, in ogni caso, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, anticipando così il relativo momento impositivo e deve essere, assoggettato a tale imposta in misura proporzionale, sia che esso venga disposto, rispettivamente, per testamento o per atto *inter vivos* e, il soggetto passivo dell'imposta sulle successioni e donazioni è il *trust* in quanto immediato destinatario dei beni oggetto della disposizione segregativa.

Gli elementi di criticità che emergono dall'interpretazione fatta dall'Amministrazione finanziaria, non sono però terminati. Altro elemento, strettamente legato alla capacità contributiva è il *momento impositivo*.

L'Agenzia delle Entrate ha scelto, quale *momento impositivo*, quello della costituzione dei beni in *trust*. In altri termini, secondo l'interpretazione ministeriale il prelievo dell'imposta sulle successioni e donazioni deve avvenire nel momento in cui i beni vengono attribuiti al *trust* e non già nel momento successivo in cui, una volta realizzato il programma individuato nell'atto istitutivo, i beni in *trust* vengono poi effettivamente devoluti ai soggetti a beneficio dei quali il *trust* stesso è stato istituito. In questo modo, poiché l'intera vicenda è già stata assoggettata all'imposta sulle successioni e donazioni, la successiva devoluzione ai beneficiari finali e non chiaramente a soggetti terzi non realizza, ai fini di tale imposta, un presupposto impositivo ulteriore[36].

Pertanto, in base a tale interpretazione, l'eventuale incremento del patrimonio del *trust* non sconterà l'imposta sulle successioni e donazioni al momento della sua attribuzione a favore dei beneficiari finali. Difatti, le eventuali utilità prodotte dai cespiti costituenti il *trust fund*, una volta realizzate, si "patrimonializzano" assumendo la stessa "natura" della loro fonte, già assoggettata a tassazione.

2.1.2. Gli orientamenti della dottrina, della giurisprudenza di merito e conseguenti critiche all'orientamento della prassi

Tale impostazione non è stata condivisa dalla dottrina[37] e dalla giurisprudenza di merito[38] che hanno

[34] T. Tassani, *I trust: trattamento tributario,* in Aa.Vv., *Analisi interpretative e novità della circolare 3/E 2008 dell'Agenzia delle Entrate*, Atti del Convegno di Roma 1 marzo 2008, Milan, 2008, p. 49.

[35] Circ. n. 3/E del 2008, par. 5.1, cit.

[36] *Contra* si segnalano, in particolare, la sentenza pronunciata dalla C.t.p. Firenze, 12 febbraio 2009, n. 30 e la sentenza pronunciata dalla C.t.p. Savona, dell'11 marzo 2009, n. 40. In entrambe i Giudici di merito hanno "bocciato" la pretesa degli Uffici erariali di "anticipare" l'evento imponibile già al momento della costituzione dei beni in *trust*, sebbene sulla base di differenti argomentazioni.

[37] G. Fransoni, *Allargata l'imponibilità dei vincoli di destinazione*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 648 e ss.; D. Stevanato, *I "Trusts" e la capacità economica colpita dal tributo successorio*, in *Dialoghi Trib.*, cit.; Id., *Trusts e imposta sulle donazioni: prime reazioni giurisprudenziali alle forzature della prassi amministrativa*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, p. 534; Id., *Vincoli di destinazione sulle intestazioni fiduciarie di titoli ed immobili,* in *Corr. trib.*, 2008, 1640; G. Corasaniti, *Profili impositivi dell'intestazione fiduciaria*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 548 ss.; M. Lupoi, *L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust,* in *Corr. trib.*, 2007, p. 2785; A. Busani, *Imposta su vincoli di destinazione e trust*, in *Corr. trib.*, p. 2007, 359.

[38] Il consolidato orientamento della giurisprudenza tributaria di merito sottolinea la previsione della non applicabilità del tributo sulle successioni e donazioni agli atti dispositivi riguardanti i trasferimenti dei beni dal disponente al *trustee*, ed inoltre, che per effetto del *trust* non si costituisce un vincolo di destinazione, quanto piuttosto la separazione dei beni dal patrimonio del disponente, senza per questo, creare un'autonoma personalità giuridica. Vedasi: C.t.p. Bologna, sez. II, 30 ottobre 2009, n. 120; C.t.p. Caserta, sez. XV, 11 giugno 2009, n. 481; C.t.p. Savona, sez. IV, 11 marzo 2009, n. 40; C.t.p. Firenze, sez. VIII, 12 febbraio 2009, 30; C.t.p. Lodi, sez. I, 12 gennaio 2009, n. 12; C.t.p. Torino, 5 febbraio 2014, n.311; C.t.p. Perugia,19 giugno 2014, n.470; C.t.p. Venezia, 27 novembre 2013, n. 90, C.t.p. Milano, 5 febbraio 2014, n.1208. Tutte in *Banca Dati Leggi d'Italia*. Da ultima si sottolinea la sentenza della C.t.p. Perugia, 19 giugno 2014, secondo la quale per effetto della costituzione di un *trust* si realizza una separazione dei beni dal patrimonio del disponente, senza creazione di un diverso soggetto con autonoma personalità giuridica. Il beneficiario del *trust*, pertanto, è titolare di un'aspettativa giuridica, ovvero di un diritto sottoposto a condizione sospensiva che non gli consente di conseguire la proprietà dei beni e che, pertanto, non consegue alcun arricchimento tassabile. Alla fattispecie è, quindi, applicabile l'articolo 58, comma 2, del testo unico delle imposte di donazione e successione, il quale fa riferimento espresso alle disposizioni in tema di imposte di registro

evidenziato profili di criticità.

Il primo elemento che non convince in questa ricostruzione è l'individuazione del *soggetto passivo* dell'imposta sulle donazioni e successioni nel *trust* che, come visto, l'Amministrazione finanziaria lo identifica come tale «in quanto immediato destinatario dei beni oggetto della disposizione segregativa»[39].

Al di là della difficoltà giuridica ad individuare il soggetto passivo d'imposta in una "entità", quale è il *trust*, che non realizza il presupposto impositivo, in ogni caso questa soluzione interpretativa non tiene conto del fatto che potrebbero sussistere difficoltà pratiche per il *trust* a provvedere al pagamento del tributo, pur disponendo di quei beni che saranno poi l'oggetto della futura attribuzione liberale a favore dei beneficiari finali (ai quali è esclusivamente riferibile il presupposto di imposta).

Si può affermare con certezza che né il *trust* né il *trustee* possono essere ricompresi all'interno del novero dei soggetti passivi dell'imposta sulle successioni e donazioni, così come individuati dall'art. 5 del d.lgs. n. 346/1990; e ciò in quanto l'immissione di un bene in un *trust* è fiscalmente rilevante agli effetti dell'imposta sulle successioni e donazioni, non in quanto qualificabile quale "donazione o liberalità tra vivi", ma in quanto integrante l'autonomo presupposto della "costituzione di un vincolo di destinazione", ossia di un "fatto" che, per definizione, non vede né nel *trust* e né nel *trustee* un "donatario" od un "beneficiario".

Allora quale è il soggetto passivo dell'imposta sulle successioni e donazioni in caso di costituzione di un "vincolo di destinazione"?

Se è vero che i soggetti passivi dell'imposta sulle successioni e donazioni non sono stati modificati con l'estensione del presupposto impositivo alla "costituzione dei vincoli di destinazione", non perciò si può affermare che il *trust* è l'immediato destinatario della disposizione "segregativa".

In realtà, come giustamente sottolineato da parte delle dottrina[40], la "costituzione dei vincoli di destinazione" è incapace, da sola, a far scattare l'obbligazione tributaria, posto che essa deve necessariamente "proiettarsi" su un soggetto passivo che rientri nel novero descritto dall'art. 5 del d.lgs. n. 346/1990 e, quindi e in definitiva, su di un "beneficiario" individuato.

Nell'ipotesi in cui ci si trovi in presenza di un qualsiasi atto costitutivo di un vincolo di destinazione la reistituita imposta sulle successioni e donazioni dovrebbe trovare applicazione soltanto nel caso in cui la confluenza dei beni oggetto di destinazione in un patrimonio separato sia funzionale al trasferimento della proprietà dei medesimi beni vincolati a favore di determinati beneficiari diversi dal soggetto disponente, in quanto – si è detto – l'imposta di successione e donazione è dovuta esclusivamente sui (...) trasferimenti di beni e diritti (...), *ex* art. 1, tus.

In altri termini, ai fini dell'assoggettamento all'imposta *de qua*, a prescindere dalla circostanza che il vincolo di destinazione sia costituito nel patrimonio dello stesso disponente ovvero nel patrimonio di un terzo, ossia, utilizzando la stessa espressione dell'Agenzia delle Entrate, a prescindere dalle "modalità traslative" o meno con cui è costituito tale vincolo, ciò che conta è che all'effetto "segregativo" tipico si aggiunga anche un ulteriore effetto che comporti, una volta "sciolto" il vincolo, il trasferimento, stabile e definitivo, del bene "vincolato" a favore di un soggetto diverso dal soggetto disponente, senza che quest'ultimo debba sopportare alcun sacrificio patrimoniale per conseguire tale arricchimento (cioè che lo riceva a titolo liberale o gratuito)[41].

Al di là di queste ipotesi siamo fuori dall'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni, dovendosi valutare l'applicabilità dell'imposta di registro tutte le volte in cui l'operazione economica nel suo complesso posta in essere sia diretta a realizzare un assetto di interessi tipicamente oneroso.

Quello che completamente trascura l'Agenzia delle Entrate nella sua ricostruzione è la rilevanza della natura liberale/gratuita o onerosa del rapporto giuridico istituito con il *trust* ai fini dell'applicabilità o meno dell'imposta sulle successioni e donazioni.

Ciò deriva dall'aver frainteso la *capacità contributiva* dell'imposta sulle successioni e donazioni facendo confusione tra l'oggetto dell'imposta *de qua* e il diverso oggetto dell'imposta di registro.

L'Amministrazione considera che l'imposta sulle successioni e donazioni si applicherebbe a qualunque tipologia di *trust*[42], a prescindere dalla natura liberale, gratuita ovvero onerosa dello stesso, quindi non solo in presenza di *trust* con causa "liberale", ma anche di *trust* costituiti per realizzare uno scopo specifico (*trust* di scopo); di *trust* nei quali i trasferimenti si realizza-

e perciò all'articolo 27 della legge sul registro sul trattamento fiscale degli atti sottoposti a condizione sospensiva. In *Il Caso.it.*

[39] Circ. n. 3/E del 2008, par. 5.4.2, cit..

[40] P. Laroma Jezzi, *La costituzione del trust di scopo sconta l'imposta sulle successioni e donazioni?,* in *Corr. Trib.,* 2014, p.1477.

[41] Il Se.C.I.T. con la delibera del 21 settembre 1998 cit., contrariamente riteneva che non esisteva carenza di spirito di liberalità e che si potesse individuare una corrispettività dell'atto nell'obbligo di gestione del *trustee* fondando l'assoggettamento ad un'imposta basandosi sul presupposto che la distinzione tra registro e donazioni si basa sulla presenza o meno dell'effetto di decurtazione del patrimonio del disponente, con la conseguenza che sarebbe irrilevante la causa civilistica costituita dall'arricchimento del donatario, visto che ciò che interessa da un punto di vista economico è l'impoverimento del donante.. In tal senso anche Comm. prov.di Treviso, 29 marzo 2001, in *Boll.trib.,* 2002, p. 151.

[42] Difatti, l'affermazione ministeriale secondo cui l'imposta sulle successioni e donazioni si applicherebbe «*in ogni caso "al trust" anche nel trust auto-dichiarato (...), pur in assenza di formali effetti traslativi (...)*», induce a ritenere che per l'Agenzia delle Entrate la circostanza che vi sia o meno uno stabile e definitivo arricchimento senza sforzo da parte di un soggetto diverso dal disponente, sarebbe del tutto irrilevante nel caso specifico del *trust*.

no nell'ambito di sequenze negoziali onerose (*trust* di garanzia; *trust* con funzioni solutorie); di *trust* dove il diritto dei beneficiari è sottoposto a condizione (*trust* discrezionale); di *trust* dove non si realizza alcun effetto traslativo al momento di costituzione del vincolo (*trust* auto-dichiarato)[43].

Pertanto, secondo l'Agenzia delle Entrate, la manifestazione di capacità contributiva colpita dall'imposta sulle successioni e donazioni in presenza di un *trust* sembrerebbe dover essere identificata nella semplice realizzazione dell'effetto segregativo.

Tale impostazione porterebbe ad affermare che se si decide di utilizzare il *trust* come strumento negoziale per realizzare un determinato assetto di interessi, qualunque sia la natura di tali interessi (liberale, gratuita ovvero onerosa), dovrà sempre ritenersi integrato il presupposto dell'imposta sulle successioni e donazioni, per la sola ragione che determinati beni vengono segregati in un patrimonio separato.

Solo se esistessero *trust* esclusivamente di tipo liberale la predetta affermazione dell'Agenzia delle Entrate potrebbe essere condivisa.

L'Agenzia non tiene conto della capacità contributiva che ha inteso colpire il legislatore che non può che essere individuata[44] nello stabile e definitivo arricchimento di un soggetto diverso dal disponente, con l'ulteriore condizione che questo arricchimento sia conseguito senza la sopportazione di alcun sacrificio economico da parte del beneficiario dello stesso.

Per l'Agenzia delle Entrate, invece, la manifestazione di capacità contributiva colpita dall'imposta è – in via ordinaria – lo stabile e definitivo arricchimento senza sforzo da parte di un soggetto diverso dal disponente, invece, nel caso in cui il presupposto impositivo sia costituito dai vincoli di destinazione, nonché nel caso in cui il presupposto impositivo sia costituito dal *trust* basterebbe il trasferimento di un bene ad un terzo con contestuale apposizione sullo stesso del vincolo di destinazione a prescindere dalla circostanza che per il terzo questo trasferimento non rappresenti in alcun modo un incremento patrimoniale senza sforzo e a prescindere dallo scopo, liberale, gratuito ovvero oneroso, cui è funzionale la costituzione del vincolo di destinazione[45].

Fatte tali premesse si evidenzia quanto segue.

La costituzione di un *trust* di scopo[46] senza beneficiari individuati o individuabili comporta la totale assenza di trasferimento di ricchezza o di arricchimento patrimoniale con la conseguenza che è sempre estranea alla sfera dell'imposta sulle successioni e donazioni[47], stante la non ricorrenza di uno dei due elementi esiziali del suo presupposto quale, appunto, l'attitudine del vincolo a tradursi in un incremento di ricchezza a favore di un "beneficiario"[48].

Alla stessa conclusione si arriva nel caso in cui i trasferimenti di beni avvengano nell'ambito di sequenze negoziali onerose o con funzioni solutorie, come nel caso dei *trusts* di garanzia, così come, peraltro, evidenziato dalla dottrina[49] e dalla giurisprudenza di merito[50] secondo la quale «un *trust* istituito con finalità liquida-

[43] In tal senso vedasi S. Cannizzaro – T. Tassani, Studio n. 58-2010/T, *La tassazione degli atti di destinazione e dei trust nelle imposte indirette*, 21 gennaio 2011.

[44] C.t.p. Firenze, 2 febbraio 2009, n. 30.

[45] Di contro, sempre in base all'interpretazione ministeriale, non andrebbe assoggettata all'imposta sulle successioni e donazioni la costituzione del vincolo di destinazione qualora questa avvenga direttamente nel patrimonio dello stesso disponente; tuttavia, eventuali successivi trasferimenti di tale bene, in ogni caso, sarebbero destinati ad assumere un'autonoma rilevanza ai fini dell'imposizione indiretta in base (questa volta si) alla natura (liberale, gratuita ovvero onerosa) degli stessi.

[46] Ossia di quei vincoli di destinazione privi di beneficiari (nel senso che non contemplano alcun effetto traslativo futuro) e che, al più, prevedono a favore di determinati soggetti il solo godimento dei frutti del bene vincolato, il quale bene, una volta sciolto il vincolo, ritornerà (per quel che residua dopo la "destinazione") nella disponibilità dello stesso disponente.

[47] Anche la giurisprudenza di merito, sia pur con percorsi argomentativi diversi, ha colto l'estraneità dei *trust* di scopo all'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni. Secondo un certo orientamento, la costituzione di un *trust* di scopo non sarebbe percossa dall'imposta sulle donazioni in quanto non assistita da uno spirito di liberalità e, comunque, perché inidonea a determinare l'arricchimento di un beneficiario; secondo un'altra ricostruzione invece, in presenza della "costituzione di vincoli di destinazione", il diritto dei beneficiari (se esistenti) sarebbe sempre sottoposto ad una condizione sospensiva che ne impedirebbe l'imponibilità immediata (imponibilità che nei *trust* di scopo non si avrebbe mai, non potendo la condizione ovviamente verificarsi). Cfr . C.t.p. Bologna, 30 ottobre 2009, n. 120; C.t.p. Firenze, 12 febbraio 2009, n. 30; Comm. trib. trib. prov. Treviso, 30 aprile 2009, n. 48; C.t.p. Pesaro, 9 agosto 2010, n. 287 con nota di D. Muritano e A. Pischetola, *Trust liquidatori e relativi profili impositivi*, in *il fisco,* 2010; C.t.p. Caserta, 11 giugno 2009, n. 481 e in C.t.p. Perugia, 27 gennaio 2011, n. 35. *Contra* chi ha supposto relativamente ai *trust* di scopo, che, se i beneficiari non sono individuabili al momento del prelievo, l'imposta dovrebbe applicarsi con le aliquote più gravose e senza alcuna franchigia, salvo il diritto alla restituzione di quanto pagato in eccedenza qualora il rapporto tra il disponente e i beneficiari successivamente individuati dovesse giustificare un prelievo inferiore. Cfr. E. Covino - L. Barbone, *Immissioni nel trust ed erogazioni ai beneficiari nelle imposte indirette*, in *Dialoghi Trib.*, 2007, p. 1189.

[48] P. Laroma Jezzi, *La costituzione del trust di scopo sconta l'imposta sulle successioni e donazioni?* cit..

[49] G. Fransoni, *Allargata l'imponibilità dei vincoli di destinazione*, in *Corr. Trib*. 2008, p.646; D. Stevanato, *Trusts e imposta sulle donazioni: prime reazioni giurisprudenziali alla forzatura della prassi amministrativa,* in *GT - Riv. giur. trib*. 2009, p. 534.

[50] C.t.p. Bologna, Sez. II, 30 ottobre 2009, n. 120, in *Banca Dati BIG, IPSOA*; *contra* C.t.p. Forlì, 6 dicembre 2010, n.196, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, p. 643; da ultima C.t.p. Lucca, 6 febbraio 2015, n.47, con riferimento ai *trust* di garanzia, uniformandosi a quanto già più volte affermato in precedenti pronunce giurisprudenziali, ha dichiarato illegittima, rigettando l'appello proposto da parte dell'Agenzia delle Entrate, la richiesta della stessa relativamente al pagamento in misura proporzionale delle imposte di successione, ipotecarie e catastali.

torie del patrimonio segregato per il soddisfacimento dei creditori, nel quale al *trustee* sia concessa la più ampia facoltà di operare con piena autonomia decisionale, non comporta il sorgere di alcun vincolo di destinazione e quindi non rientra nell'ambito di applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni»[51].

Nei *trust* di garanzia è evidente la mancanza di qualsiasi intento di liberalità nei confronti del *trustee* costituendo un mero strumento per la realizzazione dello scopo, non essendo titolare delle facoltà tipiche del proprietario, che è quella di disporre liberamente del bene. Al contempo il negozio posto in essere non genera un incremento di ricchezza a favore del *trusteee*.

Il presupposto impositivo non si realizza neanche nel *trust* autodichiarato nel quale il bene fuoriesce dalla sfera giuridica del disponente non realizzandosi così nessun effetto traslativo visto che le figure del disponente e del *trustee* coincidono, infatti, fino al momento della conclusione o scioglimento del *trust* non si ha trasferimento definitivo del patrimonio, ma la semplice separazione di patrimonio rispetto ai soggetti, sottoposta a condizione sospensiva, con una condizione finale ed effettiva dell'esito traslativo in quel preciso momento[52].

Strettamente collegato alla capacità contributiva, come già evidenziato, è il momento impositivo.

Anticipando il prelievo dell'imposta al momento della costituzione dei beni in *trust*, l'Agenzia delle Entrate in questo modo sembrerebbe ritenere che con la segregazione in *trust* dei beni si realizzerebbe già una sorta di "arricchimento giuridico" dei beneficiari finali del *trust fund*, tale da giustificare sin da questo momento l'applicazione dell'imposta; pertanto, la successiva effettiva attribuzione dei beni in *trust* a favore di tali soggetti ne rappresenterebbe soltanto l'attuazione materiale e, come tale, sarebbe priva di rilevanza tributaria salva l'applicazione, in caso di immobili, delle relative imposte ipotecarie e catastali.

In verità, anche a voler prescindere dai diversi profili di criticità che inevitabilmente porta con sé la soluzione interpretativa del "prelievo anticipato", soprattutto sotto il profilo dell'effettività ed attualità della capacità economica così colpita dal tributo (su cui si tornerà a breve), è evidente come una sua "giustificazione" sulla base di un asserito "arricchimento giuridico" dei beneficiari finali, che si realizzerebbe già al momento della costituzione dei beni in *trust*, non convince e comunque non sarebbe in grado di spiegare, ad esempio, perché il tributo successorio andrebbe applicato anche ai *trust* di scopo, ossia a quei *trust* per definizione privi di beneficiari finali, in cui non è configurabile alcuna forma di arricchimento, anche solo "giuridico", in capo ad un determinato soggetto.

La conseguenza sarebbe l'applicazione dell'imposta sempre con aliquota massima (attribuzione ad altri soggetti) senza la possibilità di poter usufruire di un'eventuale franchigia. Senza minimamente considerare che nel momento in cui il soggetto beneficiario viene identificato avrebbe potuto avere diritto all'applicazione di un'aliquota inferiore o avrebbe potuto usufruire della franchigia[53]. Le aliquote più basse, infatti, potranno essere applicate solo quando, al momento della costituzione dei beni in *trust*, i beneficiari siano stati identificati almeno nel loro legame di parentela o affinità con il *settlor*[54]. In quest'ultimo caso, però, non essendo individuati nominalmente, non potrà trovare applicazione alcuna franchigia.

Il volere identificare il momento impositivo nell'atto di costituzione dei beni in *trust* è, inoltre, in contrasto con il principio di capacità contributiva, perché, se anche è vero che i beni non sono più nel patrimonio del *settlor,* non è ancora possibile misurare la capacità economica sulla quale far gravare il tributo e alla quale quest'ultimo deve parametrarsi per applicare una corretta aliquota[55].

[51] Cfr. C.t.p. Lodi, sez. I, 12 gennaio 2009, n. 12, in *GT - Riv. giur. trib.* 2009, p. 534; C.t.p. Macerata, sez. II, 26 settembre 2012, n. 207, in *GT - Riv. giur. trib.* 2013, p. 428 con commento di G. Corasaniti, *Brevi note sulla (in)applicabilità dele imposte sulle successioni e donazioni al trust di garanzia*.

[52] C.t.r. Venezia, sez. VII. 27 novembre 2013, n. 90 secondo la quale il *trust* assimilabile non ad una donazione ma piuttosto ad un fondo patrimoniale, non determinante alcun arricchimento di terzi in quanto mancante *l'animus donandi* da parte del disponente, e dunque tale da determinare la segregazione del patrimonio, deve essere assoggettato ad imposta fissa, ex art. 27, commi 1 e 2, d.P.R. n. 131 del 1986. In circostanze siffatte, invero, fino al momento della conclusione o scioglimento del *trust* non si ha trasferimento definitivo del patrimonio, ma la semplice separazione di patrimonio rispetto ai soggetti, sottoposta a condizione sospensiva, con una condizione finale ed effettiva dell'esito traslativo in quel preciso momento. Fino alla conclusione del *trust*, pertanto, il Fisco può pretendere solo il tributo in misura fissa, in quanto in capo al fiduciario non ha luogo alcun incremento patrimoniale, mentre alla scadenza del *trust* gli atti sono suscettibili delle imposizioni tributarie proporzionali, poiché solo allora avrà luogo un effettivo trasferimento della proprietà. In tal senso anche C.t.p. Lucca, n. 47/2015 cit.

[53] Ne la legge, ne la prassi infatti fa riferimento all'eventualità di un successivo rimborso dell'imposta "anticipata".

[54] La stessa interpretazione è stata sostenuta anche da una parte della dottrina secondo la quale; «qualora il presupposto imponibile consista nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo, ovviamente di matrice liberale, il fatto imponibile non è il trasferimento che attua quella destinazione e, quindi, l'arricchimento fisico conseguito dal destinatario del patrimonio vincolato, ma è, già prima, il diritto certo di conseguirlo. Altrimenti (...) non avrebbe senso alcuno l'inclusione – fra i presupposti imponibili – anche della ricordata destinazione, se occorresse attendere la sua attuazione pratica per tassare l'impegno assunto in precedenza: tanto sarebbe valso allora mantenere inalterata la previsione classica dei presupposti imponibili concernenti l'imposta di successione e donazione, e non aggiungere la destinazione di un patrimonio ad uno scopo». Cfr G. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni*, cit., p. 476 e ss.

[55] F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte generale, Torino, 2011.

Obiezione fondamentale a tale impostazione è l'assenza di effettività ed attualità della capacità contributiva, si andrebbe cioè a colpire una capacità economica non effettiva e attuale, ma astratta[56].

Una capacità economica effettiva ed attuale si potrà identificare solo nel momento in cui il beneficiario avrà "l'arricchimento". È il trasferimento dal *trust fund* del *trustee* al beneficiario il reale momento impositivo.

Ciò che si vuole dire è che, dal punto di vista fiscale, affinché si possa identificare la fattispecie impositiva bisogna aspettare l'effettivo trasferimento liberale o gratuito della ricchezza a favore dei beneficiari finali del *trust*, o almeno la configurabilità per gli stessi di un "diritto incontrovertibile" a poter pretendere dal *trustee* tale attribuzione[57].

2.1.3. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità

In senso difforme dalle osservazioni poste si è espressa la Suprema Corte che ha delineato il trattamento fiscale, ai fini dell'imposizione indiretta, relativo alla costituzione di *trust* autodichiarati[58] e *trust* liberali[59]. Queste sentenze possono certamente essere considerate storiche per essersi occupate per la prima volta di *trust* in sede di giudizio di legittimità.

La Cassazione è giunta alle medesime conclusioni dell'Amministrazione finanziaria, seppur attraverso argomentazioni diverse.

Da un lato la Cassazione ha sostenuto l'applicazione *tout court* dell'imposta sulle successioni e donazioni senza che fosse ravvisabile un atto di trasferimento, una liberalità o un arricchimento altrui, dall'altro – in particolare il rferimento è alle ordinanze che si sono occupate di *trust* liberale – ha ritenuto dovuta l'imposta non già sulla liberalità indiretta, ma sulla costituzione di un vincolo di destinazione. La Cassazione evidenzia infatti che «Il tenore della norma evidenzia che l'imposta è istituita non già sui trasferimenti di beni e diritti a causa della costituzione di vincoli di destinazione, come, invece, accade per le successioni e le donazioni, in relazione alle quali è espressamente evocato il nesso causale: l'imposta è istituita direttamente, ed in sè, sulla costituzione dei vincoli».

I giudici di legittimità partendo dal dall'art. 2, comma 47, della legge 3 ottobre 2006, n. 262, che ha introdotto «l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione» sostengono che il legislatore ha introdotto, accanto all'imposta sulle successioni e donazioni, una nuova fattispecie impositiva sulla costituzione di vincoli di destinazione con un autonomo presupposto impositivo differente da quello tradizionale sulle imposte sulle successioni e donazioni.

Con riferimento al presupposto impositivo dell'imposta sul vincolo di destinazione, la Suprema Corte ha poi affermato che esso è correlato alla «predisposizione del programma di funzionalizzazione del diritto al perseguimento degli obiettivi voluti» e, dunque, lo individua nell'utilità economica che lo scopo del *trust* persegue.

La previsione di una "nuova imposta" pone rilevanti problemi per l'individuazione di un presupposto economico che possa essere compatibile con l'art. 53 della Costituzione.

L'autonomo presupposto d'imposta individuato dalla Cassazione è confutabile se facciamo un'interpretazione letterale dell'art. 2, comma 47 del Dl n. 262/2006 che ha reintrodotto l'imposta sulle successioni e donazioni.

Il legislatore sancisce che «È istituita l'imposta sulle successioni e donazioni» quindi la norma prevede esplicitamente l'istituzione della sola imposta sulle successioni e donazioni, la cui applicabilità è prevista sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito, sia sulla costituzione di vincoli di destinazione[60].

Utilizzando un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata rispetto ai canoni di chiarezza e trasparenza delle disposizioni tributarie secondo quanto disciplinato dall'art.2 dello Statuto dei diritti del contribuente, non sarebbe infatti plausibile un'interpretazione diversa che individuasse la volontà del legislatore di istituire in un unico comma due diverse imposte con due presupposti disomogenei. Da un lato ci sarebbe un tributo indiretto sui trasferimento di beni con causa liberale o gratuita, dall'altro un tributo para-patrimoniale diretto a colpire indistintamente patrimoni oggetto di forme di segregazione o separazione.

[56] Essendo quel "momento impositivo", quasi sempre indeterminabile anche e soprattutto nella sua riferibilità soggettiva (si pensi, ad esempio, al *trust* c.d. "discrezionale", i cui beneficiari finali verranno individuati solo successivamente dal *trustee*). Ed inoltre, quand'anche fosse già da subito individuato nominativamente il beneficiario finale e già da subito stabilito anche il *quantum* della sua futura attribuzione patrimoniale, un'imposizione "anticipata" rispetto al (successivo) trasferimento fisico della ricchezza, richiederebbe, comunque, un'espressa accettazione di tale futura attribuzione patrimoniale da parte del beneficiario finale. Difatti, nulla esclude che, successivamente, al momento del trasferimento attuativo dello scopo liberale, il soggetto a beneficio del quale il *trust* è stato istituito rifiuti di ricevere tale attribuzione.

[57] M. Lupoi, *L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust*, cit., p. 2785; S. Zagà, *L'applicabilità ai vincoli di destinazione ed ai trust della re(istituita) imposta sulle successioni e donazioni*, cit., p. 1069.

[58] Cass.ordinanza del 24 febbraio 2015, n. 3735 e ordinanza del 25 febbraio 2015, n. 3886 in banca dati *fiscoonline*.

[59] Cass. ordinanza del 24 febbraio 2015, n. 3737 e Cass.ordinanza del 18 marzo 2015, n. 5322.

[60] G. Corasaniti, *Vincoli di destinazione, trust e imposta sulle successioni e donazioni: la (criticabile) tesi interpretativa della Corte di Cassazione e le conseguenze applicative*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, p. 688.

Si aggiunga che se andiamo ad analizzare la struttura dell'imposta sulle successioni e donazioni come risulta dal combinato disposto dell'art. 2, comma 47, Dl n. 262/2006 e il D.lgs. n.346/ 1990 si evince che per la determinazione della base imponibile si presuppone che vi sia un patrimonio che si trasferisce da un soggetto ad un altro soggetto con il conseguente arricchimento stabile e definitivo di un soggetto diverso dal disponente con l'ulteriore condizione che l'arricchimento sia conseguito senza sacrificio economico del beneficiario.

Da quanto qui affermato, come potrebbe considerarsi logica un'imposizione che grava solo sul "vincolo di destinazione" indipendentemente dal trasferimento?

Veniamo così al rilevo posto dalla Cassazione secondo la quale, riprendendo l'orientamento della Corte Costituzionale afferma che, la «capacità economica, …. è correlata al contenuto patrimoniale di atti o fatti, non già al trasferimento attuale di diritti: la capacità contributiva, ha chiarito la Consulta, è da intendere come attitudine ad eseguire la prestazione imposta, correlata non già alla concreta situazione del singolo contribuente, bensì al presupposto economico al quale l'obbligazione è correlata (Corte cost. 20 luglio 1994, n. 315), di modo che "è sufficiente che vi sia un collegamento tra prestazione imposta e presupposti economici presi in considerazione" (Corte cost. 21 maggio 2001, n. 155)».

Tale impostazione spinge a far ritenere alla Cassazione che, come visto, l'evento imponibile è nella costituzione dei beni in *trust* con l'evidente rischio di incidere una capacità contributiva astratta, non effettiva e non attuale. L'unico modo per evitare tale rischio è aspettare che si manifesti la capacità contributiva cioè aspettare che ci sia l'effettivo arricchimento del soggetto beneficiario del *trust*.

L'orientamento della Cassazione è così in una posizione diametralmente opposta al prevalente orientamento della giurisprudenza tributaria di merito, la quale, come visto, sostiene che la costituzione del vincolo di destinazione non sarebbe da considerare quale manifestazione di capacità contributiva, in quanto l'intestazione dei beni al *trustee* sarebbe provvisoria e temporanea, non incrementerebbe il suo patrimonio e bisogna attendere la definitiva assegnazione dei beni ai beneficiari. L'atto di istituzione di un *trust* non genera alcun incremento patrimoniale e, non essendo indice di alcuna capacità contributiva, deve essere assoggettato ad imposta di registro in misura fissa. Solo successivamente, quando i beni costituiti in *trust* saranno effettivamente attribuiti ai beneficiari, sarà possibile applicare l'imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale[61].

Così come, pronunciandosi in relazione alla costituzione di un *trust* autodichiarato, la giurisprudenza di merito ha sottolineato che, in tal caso, non sussistendo il presupposto impositivo dell'*animus donandi* in relazione ai beni costituiti in *trust*, o comunque non determinando alcun effetto traslativo di beni, deve essere assoggettato ad imposta di registro nella misura fissa e non all'imposta di donazione proporzionale[62].

Da quanto sin qui esposto, nonostante l'orientamento della Suprema Corte, si è fermi dell'idea che la capacità contributiva colpita dall'imposta sulle successioni e donazioni, così come reistituita va identificata nello stabile e definitivo arricchimento di un soggetto diverso dal disponente, e che questo arricchimento deve essere conseguito senza la sopportazione di alcun sacrificio economico da parte del beneficiario dello stesso.

Se ne deve desumere, così, che gli atti costitutivi di vincoli di destinazione e del *trust* hanno rilevanza ai fini del reistituito tributo successorio solo quando – come già detto – l'effetto segregativo sia funzionale al trasferimento successivo del bene vincolato a favore di un soggetto diverso da quello che ha operato la destinazione e sempre a condizione che per il soggetto beneficiario tale trasferimento non richieda la sopportazione di alcun sacrificio patrimonialmente.

Pertanto, affinché possa ritenersi completo il presupposto dell'imposta sulle successioni e donazioni è necessario che all'effetto segregativo si accompagni anche un ulteriore effetto traslativo di natura, necessariamente, liberale o gratuita (e non già onerosa).

Ne consegue l'irrilevanza ai fini del tributo successorio di tutti quei *trust* che non sono sorretti da una causa liberale o gratuita, ma onerosa (liberali, di garanzia, autodichiarati) [63] che saranno sottoposti all'imposta ad essi connaturata, cioè l'imposta di registro.

In caso contrario si avrebbe una sovrapposizione tra l'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni e l'imposta di registro[64].

Per completezza si sottolinea però che seppur "per errore" si abbracciasse la tesi della Cassazione comunque non si intravede la possibilità di una doppia tassazione generata dalla "nuova imposta" e dall'imposta sulle successioni e donazioni, infatti la stessa giurisprudenza di legittimità chiarisce che si configura la possibilità di riqualificare il tributo qualora si verifichi un effettivo arricchimento[65]. Il momento impositivo resta così comunque uno solo.

[61] In particolare, C.t.r. Venezia, sent. 21 febbraio 2012, n. 10.

[62] C.t.r. Milano, 4 luglio 2012, n.73; C.t.p. Regio Emilia, 26 settembre 2014, n. 418.

[63] S. Zagà, *L'applicabilità ai vincoli di destinazione ed ai trust della re(istituita) imposta sulle successioni e donazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, p. 1067.

[64] In tal senso anche G. Corasaniti, *Vincoli di destinazione, trust e imposta sulle successioni e donazioni: la (criticabile) tesi interpretativa della Corte di Cassazione e le conseguenze applicative*, cit., 2015.

[65] Cass. n.5322 del 18 marzo 2015, punto 7.3, «La materiale percezione dell'utilità, ossia, secondo la tradizionale impostazione, l'arricchimento, appartiene all'esecuzione del programma di destinazione, che, per conseguenza, non rileva ai fini dell'individuazione del momento del prelievo tributario sulla costituzione del vincolo, ma dopo, anche ai fini della eventuale riliquidazione delle aliquote e delle franchigie».

2.2. L'imposta di registro

Considerato che il *trustee* non riceve alcun arricchimento dal trasferimento dei beni o diritti, ma ha solo l'obbligo e il potere di amministrarli secondo le disposizioni ricevute dal *settlor*, non si realizzerà, giuridicamente, alcuna attribuzione liberale e il *trust,* soggetto impersonale, andrà ricondotto tra gli atti di conferimento.

In altri termini, non dovrebbe essere assoggettato ad imposta proporzionale il trasferimento dal *settlor* al *trustee,* trattandosi di un'attribuzione meramente strumentale al raggiungimento del fine ultimo del *trust*.

I beni in *trust* costituiscono una massa distinta e non diventano parte del patrimonio del *trustee*, il quale è solo investito del potere e onerato dell'obbligo di amministrarli, gestirli e disporne in conformità alle disposizioni del *settlor*, sulla base dell'atto di *trust* e secondo le norme che gli impone la legge.

Il fatto che i beni o i valori costituiti in *trust* siano isolati rispetto al patrimonio del *trustee* crea una relazione diretta bene-scopo che è di fatto sconosciuta all'ordinamento italiano, nel quale è tradizionalmente impossibile una differenziazione fra i beni intestati ad un medesimo soggetto e, in generale, qualsiasi forma di destinazione di un bene esclusivamente ad uno scopo.

L'istituzione di un *trust* implica due effetti principali: da una parte, il trasferimento di diritti al *trustee* che vengono segregati all'interno del suo patrimonio, dall'altra, la creazione di un'obbligazione fra *trustee* e beneficiario.

Ogni *trust* implica sempre un trasferimento di diritti al *trustee,* i quali, a *trust* istituito, non si trovano più nel patrimonio del disponente, ma non si realizza nella fattispecie in esame alcun trasferimento al beneficiario, avviene solamente una stretta destinazione del bene che ne vincola per il periodo definito la gestione e la responsabilità del bene.

Ai fini dell'imposta di registro, l'atto di costituzione del vincolo di destinazione non potrà considerarsi nemmeno di natura dichiarativa. E, infatti, mentre gli atti con efficacia dichiarativa rafforzano, affievoliscono, specificano la situazione precedente oppure eliminano una situazione di incertezza, l'atto *de quo* crea sui beni che ne fanno parte un vincolo di destinazione, realizzato attraverso particolari regole di amministrazione e di responsabilità[66].

Conseguentemente tale atto andrà inquadrato nell'art. 11 della Parte Prima della Tariffa allegata al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, approvato con d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, e soggetto, pertanto, all'imposta nella misura fissa[67].

Ricapitolando, dunque, condividendo l'opinione, che si ritiene preferibile, di non considerare trasferimento l'atto dispositivo dal *settlor* al *trustee*[68], si conclude nel senso di ritenere lo stesso soggetto ad imposizione indiretta in misura fissa in tema di imposta di registro, quale atto non avente per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale.

2.3. Le imposte ipotecarie e catastali

L'esecuzione delle formalità di trascrizione, iscrizione, rinnovazione e annotazione nei pubblici registri immobiliari e delle volture catastali, a seguito della modifica dei dati risultanti dal Catasto sono l'oggetto delle imposte ipotecaria e catastale come individuato dagli articoli 1 e 10 del d.lgs., 31 ottobre 1990, n. 347(Testo unico delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale).

Ne consegue che, molteplici sono i presupposti a seconda che il tributo si applichi sulla trascrizione di atti traslativi o costitutivi di diritti reali su immobili ovvero sulla trascrizione di atti diversi da questi ovvero ancora soggetti all'imposta sul valore aggiunto[69].

Con riferimento all'imposta ipotecaria si è sostenuto la coesistenza di due presupposti impositivi, uno relativo alle ipotesi di tassazione in misura proporzionale, identico a quello delle imposte di registro e successione, in quanto l'obbligazione nasce già per effetto della redazione dell'atto di trasferimento immobiliare o del trasferimento *mortis causa*; un altro riguardante le fattispecie di tassazione in misura fissa, costituito

[66] G. Luly, *Trust ed imposta di registro*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, p. 281.

[67] Cass., sent. 6 giugno 2002, n. 8162 secondo la quale la previsione di cui all'art. 11 della Tariffa allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, norma la quale, oltre a riguardare fattispecie non contemplate negli articoli precedenti, assolve ad una funzione residuale con la previsione dell'aliquota fissa per gli atti pubblici e le scritture private non autenticate non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale.

[68] A. Giovannini, *Trust e imposte sui trasferimenti*, cit., p. 1111, assimila, invece, l'atto istitutivo del *trust* al mandato senza rappresentanza «ponendosi nella scia dei modelli giuridici scolpiti dal codice civile e cogliendone la valenza sistematica, mi sembra che tale rapporto non si differenzi sostanzialmente da quello che lega il mandante al mandatario secondo la nozione desumibile dagli artt. 1703 e 1705 del codice civile ed anche dall'art. 1731 dedicato alla commissione. Il *trustee*, infatti, compie atti giuridici o acquista o vende per conto del disponente, quantunque agisca in nome proprio in virtù degli effetti "immediati" che discendono dall'atto istitutivo. Di qui la possibilità di assoggettare l'atto di trasferimento iniziale all'imposta proporzionale di registro, sulla falsariga dell'art. 33, comma 1, del t.u. n. 131 del 1986. Sebbene la norma non calzi a pennello, lo spirito che la sorregge può orientare il ragionamento. Anche se la radice della volontà negoziale non è quella (almeno nella generalità dei casi) di eleggere il *trustee* a proprietario definitivo del bene, l'atto istitutivo determina immediatamente il trasferimento a suo favore del diritto reale corrispondente. In chiave impositiva diviene allora credibile la possibilità di ricondurre il negozio costitutivo alla previsione dell'art. 9 della prima parte della Tariffa allegata al d.p.r. n. 131 del 1986». Id., *Problematiche fiscali del trust,* in *Boll. Trib.*, 2001, p. 1125

[69] F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, *Parte speciale,* Torino, 2012; G. Falsitta, *Manuale di Dritto Tributario*, Parte Speciale, Padova, 2000, p. 543; P. Russo, *Manuale di Diritto Tributario*, *Parte speciale*, Milano, 2009, p. 396.

dalla presentazione dell'atto al pubblico ufficio ai fini dell'esecuzione della formalità ipotecaria.

Alle stesse conclusioni si giunge anche per le imposte catastali, dove il presupposto non è in realtà la formalità di voltura, dovendosi invece distinguere, in funzione del presupposto, tra le ipotesi per le quali l'imposta trova applicazione in misura proporzionale che coincidono con quelle nelle quali la voltura consegue alla formazione di un atto che comporta il trasferimento o la costituzione di diritti reali su beni immobili da quelle per le quali l'imposta trova applicazione in misura fissa.

Fatte tali premesse, per quanto riguarda nello specifico il *trust*, bisogna sottolineare che l'Agenzia delle Entrate[70] con riguardo al regime applicabile alle imposte ipotecarie e catastali aveva ritenuto che, mancando specifiche disposizioni, bisognava fare riferimento al Testo Unico delle imposte ipotecaria e catastale, approvato con d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347: «tali imposte risulterebbero quindi dovute, rispettivamente, per la formalità della trascrizione di atti aventi ad oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari e per la voltura catastale dei medesimi atti. Le stesse imposte sono dovute in misura proporzionale relativamente alla trascrizione di atti che conferiscono nel trust, con effetti traslativi, i menzionati beni e diritti. Pertanto, sia l'attribuzione con effetti traslativi di beni immobili o diritti reali immobiliari al momento della costituzione del vincolo, sia il successivo trasferimento dei beni medesimi allo scioglimento del vincolo, nonché i trasferimenti eventualmente effettuati durante il vincolo, sono soggetti alle imposte ipotecaria e catastale in misura proporzionale…»[71].

Tale orientamento è stato altressì sposato dalla Cassazione con l'ordinanza n. 3886/2015 che come visto, si riferiva ad un *trust* autodichiarato.

L'Agenzia delle Entrate quindi sostiene che ciò che rileva ai fini dell'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali è soltanto la presenza o meno, nella singola fattispecie, dell'effetto traslativo. Ne consegue che sia nel momento della costituzione del vincolo di destinazione sia nell'eventuale successivo trasferimento dei beni medesimi allo scioglimento del vincolo stesso l'imposizione sarà proporzionale.

Tale orientamento[72] ha trovato ostacoli da parte della dottrina e della giurisprudenza chiamata a pronunciarsi in merito secondo le quali si ritiene dovuta all'atto di dotazione la sola imposizione in misura fissa, mentre l'imposizione in misura proporzionale si avrà solo all'atto del trasferimento dal *trustee* ai beneficiari tramite il quale si realizza il presupposto del tributo.

Anche nel caso delle imposte ipotecaria e catastale, infatti, è necessario che il presupposto d'imposta sia manifestativo di capacità contributiva, con la conseguenza che nel caso di trasferimento di beni dal disponente al *trustee* l'arricchimento, che è presupposto anche delle imposte ipotecaria e catastale, non sorga e che pertanto non sia corretta una tassazione in misura proporzionale[73].

I giudici di merito, poi, hanno evidenziato come fino al momento della conclusione o scioglimento del *trust* non si ha trasferimento definitivo del patrimonio, ma la semplice separazione di patrimonio rispetto ai soggetti, sottoposta a condizione sospensiva, con una condizione finale ed effettiva dell'esito traslativo in quel preciso momento. Fino alla conclusione del *trust*, pertanto, il Fisco può pretendere solo il tributo in misura fissa, in quanto in capo al fiduciario non ha luogo alcun incremento patrimoniale, mentre alla scadenza del *trust* gli atti sono suscettibili delle imposizioni tributarie proporzionali, poiché solo allora avrà luogo un effettivo trasferimento della proprietà[74].

[70] Circ. n. 48/E del 2007, cit.

[71] Circ. n. 48/E del 2007, cit., par. 5.3, Analoga posizione è peraltro contenuta nella Circ. n. 3/E del 2008, cit.

[72] A favore della tesi dell'Amministrazione finanziaria, è dato riscontrare la sentenza della Comm.trib.reg. Napoli, sez. staccata di Salerno, 16 dicembre 2013, n. 367/9/13, in *Trust e attività fiduciarie*, 2014, p. 445: «nel momento in cui si devolvono al trust beni immobili siti nel territorio italiano e si voglia beneficiare degli effetti della trascrizione, si dovrà comunque procedere alla iscrizione e all'effettuazione delle volture catastali, per cui si realizza il presupposto per l'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali». Del resto, avverrebbe diversamente nel caso in cui si volesse trascrivere solo il vincolo di destinazione ai sensi dell'articolo 2645-*ter* Codice civile al fine di renderlo opponibile ai terzi senza che ciò comporti un trasferimento di diritto; solo in quest'ultimo caso, ossia, sarebbe dovuto l'imposta in misura fissa." In tal senso anche Comm,trib.reg. Firenze, 8 luglio 2013, n. 112/17/2013.

[73] D. Muritano - A. Pischetola, *Trust liquidatori e relativi profili impositivi*, cit., p. 6966 e ss. In tal senso anche il Consiglio nazionale del Notariato, nello Studio n. 58-2010/T, cit., secondo cui «parrebbe logico ritenere che l'applicazione delle imposte in considerazione possa essere effettuata, in misura proporzionale, solo all'atto del trasferimento "finale" tramite il quale si realizza il presupposto del tributo. Anche per l'applicazione delle imposte ipotecaria e catastale, infatti, è necessario che il presupposto d'imposta sia manifestativo di capacità contributiva, talché si comprende come in ipotesi di trasferimento di beni dal disponente al *trustee* l'arricchimento, che è presupposto del tributo fin qui considerato e, conseguentemente, anche delle imposte ipotecaria e catastale, difetti e che pertanto non appaia appropriata una imposizione della vicenda traslativa con ricorso ai criteri impositivi in misura proporzionale…».

[74] In particolare, secondo la C.t.p. Milano, 25 giugno 2013, n.240/8/13, mentre il legislatore ha previsto l'assoggettabilità degli atti istitutivi di *trust* alle imposte dirette con la legge 286/2006, non ha altresì inteso richiamarli in sede di applicazione delle imposte di registro e donazione, dimostrando così la volontà di esclusione da queste categorie di imposte l'istituto del *Trust*. Peraltro, prosegue la Commissione, le Circolari Ministeriali richiamate dall'Amministrazione finanziaria a fondamento delle proprie pretese "hanno il solo ed unico scopo di orientare gli Uffici accertatori ma non sono, in nessun caso, opponibili ai cittadini contribuenti perché non hanno forza di legge e quindi non possono incidere sul rapporto giuridico tributario disciplinato dalla norma di legge". Tale principio, invero, trova conforto nella sentenza della Cass., sez. un., n. 23031/2007,in *Giust. trib*, 2013. In tal senso anche; C.t.p. Lodi, 30 luglio 2013, n.

3. Ultimi orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità

Successivamente alle ordinanze della Cassazione, prima analizzate, l'orientamento dei giudici di merito non è più uniforme, si sono infatti succedute una serie di sentenze che o si sono completamente discordate dall'orientamento di legittimità[75] affermando che se è vero che il *trust* è caratterizzato da una doppia proprietà, allo stesso tempo non è meno vero che le due proprietà divergono sul piano delle concrete attribuzioni: l'una, in capo al *trustee,* è finalizzata solo all'amministrazione, mentre – ove si discorra di imposta di donazione – l'altra, quella che farà eventualmente capo al beneficiario, che assume rilevanza quale momento di effettivo godimento del bene e delle relative utilità giuridiche. «In pratica, la compressione del diritto di godimento dei beni affidati al *trustee*, che pure ne è il proprietario, porta a dire che esiste una differenza rispetto alla titolarità del diritto di proprietà noto nel nostro ordinamento: questa è piena, mentre quella facente capo al *trustee* postula un diritto limitato al perseguimento degli scopi indicati nell'atto istitutivo… Tale distinzione – finanche nel trust tipico, caratterizzato dalla previsione di un beneficiario – cozza con l'idea della sottoposizione del vincolo all'imposta sulla donazione fin dalla sua costituzione, chiaro essendo che il *trustee* non è il soggetto definitivamente arricchito a scopo di liberalità, e dunque non può essere il soggetto passivo dell'imposta…». Aggiunge inoltre che «Il contrasto logico rileva ancor di più nei casi di trust autodichiarato, rispetto ai quali la sottoposizione all'imposta sulle donazioni diventa del tutto insostenibile. Difatti nel trust autodichiarato manca il trasferimento di ricchezza, essendo la fattispecie caratterizzata dal mero effetto di segregazione patrimoniale…Pertanto non sembra poter trovare applicazione altro che l'imposta fissa (di registro e ipotecaria), esattamente come accade nell'omologo caso dell'atto di costituzione di un fondo patrimoniale».

Altre sentenze[76], invece, hanno sposato senza remore l'orientamento della giurisprudenza di legittimità affermando che «l'art. 2, comma 47, del d.l. n. 262 del 2006, che ha reintrodotto l'imposta di successione e donazioni, include nel suo ambito la "costituzione di vincoli di destinazione", e ciò a prescindere dalla intenzione liberale o meno che muove il disponente. La lettura testuale della norma include di per sé anche il trust auto-dichiarato in quanto idoneo a segregare i beni immobili sia rispetto al patrimonio personale del disponente sia rispetto a quello dell'intestatario di tali beni con la conseguente costituzione di un patrimonio con specifica autonomia giuridica».

Un segnale chiaro è invece stato lanciato proprio dalla Cassazione che ha fatto intravedere l'intenzione di preparare il terreno per un accantonamento dell'interpretazione fornita con riguardo all'art.2, comma 47 del d.l. 26262006 e un superamento dell'autonomo tributo sui "vincoli di destinazione".

Il riferimento è alla sentenza n. 25478 del 18 dicembre 2015 e alle similari sentenze n. 25479 e n. 25480 sempre di dicembre 2015 che, pur se riferite a *trust* istituiti in un periodo in cui l'imposta sulle successioni e donazioni era stata soppressa, affermano il principio per cui è "illogico" applicare subito le imposte proporzionali, visto che non c'è trasferimento di ricchezza a favore di alcuno[77].

La Cassazione va ad affermare un principio importante sottolineando che è errato considerare che l'atto istitutivo di un *trust* andrebbe annoverato nell'alveo degli atti a contenuto patrimoniale per il sol fatto che il consenso prestato riguarda un vincolo su beni muniti di valore economico. Evidenzia, infatti, che «questo è del tutto ovvio perché la norma non può essere intesa in modo dissociato dal contesto del d.P.R. n. 131 del 1986, art. 43, comma 1, che fissa la base imponibile dell'imposta» e che l'interpretazione fornita dall'Amministrazione finanziaria non è sorretta da nessun valido elemento normativo quanto alla determinazione della base imponibile nel valore del bene affidato in *trust*.

Affermazione ulteriormente fondamentale, seppur in riferimento alle sole imposte ipotecarie e catastali, è quella secondo cui quando si è in presenza di un *trust* non oneroso, si è in presenza di una liberalità «attuata mediante strumenti negoziali altri rispetto al negozio tipico di donazione, parimenti in grado di realizzare,

100/1/13; C.t.p. Napoli 2 ottobre 2013, n. 571; C.t.p. Treviso, 14 ottobre 2009, n. 95/1/09; C.t.p. Perugia, 26 gennaio 2011, n. 35/05/11 che hanno escluso l'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali in sede di istituzione di un *trust* poiché il beneficiario è esclusivamente titolare di una posizione qualificabile come di aspettativa giuridica che non gli consente, al momento di istituzione del *trust*, di poter ricevere i beni. Di conseguenza, nella fase iniziale, le imposte ipotecarie e catastali non sono dovute in misura proporzionale ma in misura fissa. In tal senso anche l'Agenzia delle Entrate, Ufficio Territoriale di Milano 6 che, procedendo in autotutela, con il provvedimento di annullamento parziale n. 101T018763000P001 del 27 giugno 2013, di un avviso di liquidazione emesso per rettificare l'autoliquidazione notarile per un atto istitutivo di *trust*, con contestuale trasferimento di beni immobili, ha rettificato la tassazione assoggettandolo alle imposte ipotecarie e catastali in misura fissa, discostandosi, quindi, dall'orientamento espresso nella circolare AE n.48/13 secondo la quale, come visto, i trasferimenti di beni immobili in *trust* sono soggetti alle imposte ipotecarie e catastali in misura proporzionale. Nella fattispecie, infatti, l'Agenzia ha ritenuto che trattandosi di «formalità effettuate presso l'Agenzia del Territorio a favore e contro lo stesso soggetto, si concretizza tuttavia la possibilità di applicare le imposte ipotecarie e catastali fisse». Questo si verifica in modo più evidente quanto i beneficiari indicati nell'atto non sono stati ancora individuati.

[75] Tra tutte vedasi C.t.p. Lucca, 17 novembre 2015, n.728.

[76] Tra tutte C.t.r. Milano, 9 dicembre 2015, n. 5278.

[77] Queste sentenze, peraltro, riproducono passaggi argomentativi letteralmente identici a quelli contenuti in una sentenza della C.t.p. Lucca del 17 novembre 2015 (presieduta dallo stesso relatore delle sentenze della Corte di Cassazione).

benché indirettamente, oltre all'effetto proprio del trust di costituire il vincolo di destinazione, anche e soprattutto l'effetto finale di arricchimento senza corrispettivo del beneficiario. Effetto finale che identifica l'operazione ma che è differito nel tempo, e che si concretizzerà – anche ai fini dell'imposizione fiscale – nel momento dell'effettivo trasferimento di ricchezza al beneficiario».

La Cassazione continua poi affermando che per il *trustee* se la titolarità del diritto di proprietà è piena, l'esercizio del diritto del *trustee* è limitato al perseguimento degli scopi individuati nell'atto istitutivo. Tale precarietà di attribuzione «cozza con l'idea con l'idea della sottoposizione del vincolo all'imposta sui trasferimenti fin dalla sua costituzione». Ne consegue che dove si è in presenza di un *trust* liberale è illogico affermare applicabile l'imposta sul trasferimento già dal momento dell'istituzione del *trust* a meno che il *trustee* non sia identificabile come sostituto d'imposta, ma essendo la sostituzione una fattispecie eccezionale per tale impostazione sarebbe stato necessario un supporto normativo.

Sottolineano i giudici di legittimità che «erra l'amministrazione … nella pretesa circa le imposte ipotecaria e catastale in misura proporzionale. L'errore sta nel fatto di considerare il trust immediatamente produttivo degli effetti traslativi finali che costituiscono il presupposto dell'imposta»

Nel frattempo mentre la giurisprudenza di merito ha continuato ad avere un orientamento altalenante[78] la Cassazione con la sentenza n.4482 del 7 marzo 2016[79], ribadisce che l'imposta sui vincoli di destinazione è una "nuova imposta".

La sentenza fa riferimento ad un *trust* autodichiarato e ad un *trust* traslativo e la Corte dichiara di aderire alla sua pregressa giurisprudenza argomentando sulla base della *ratio* dell'intervento legislativo che nel 2006 ha reintrodotto le imposte sulle successioni e donazioni nonché una nuova imposta, quella che colpisce "tuout curt" gli atti che costituiscono vincoli di destinazione. Tale nuova imposta si fonderebbe, secondo la Corte, su una «*visione di sfavore nei confronti dei vincoli negoziali di destinazione, scoraggiati attraverso la leva fiscale.*» affermazione che non trova traccia nei lavori preparatori. Si aggiunga che i vincoli di destinazione prima della conversione del Dl 262/2006 rientravano nell'applicazione dell'imposta di registro.

La Cassazione ribadisce poi come tutte le argomentazioni che collegano la tassazione alla identificazione di un utile o un vantaggio sono incongrue rinviando o escludendo la tassazione quando questo vantaggio non derivi dal negozio costitutivo del vincolo e che l'atto negoziale esprime di per sé una capacità contributiva ancorché non determini (o non determini ancora) alcun vantaggio economico diretto per qualcuno. Tale ultimo assunto viene giustificato perché secondo i giudici di legittimità la tassazione indiretta colpisce la manifestazione di ricchezza e non necessariamente l'arricchimento.

Ma se più volte abbiamo ribadito che nel caso di imposte sulle successione e donazioni e di imposte ipotecarie e catastali il presupposto non può che essere l'arricchimento senza sacrificio economico di un soggetto diverso da quello che ha effettuato il trasferimento, come può ribadire la Cassazione che non c'è bisogno di arricchimento? E si aggiunga che a sostegno della sua tesi fa riferimento come esempio all'imposta di registro, ma non è forse quest'ultima un'imposta a titolo oneroso?

Ora, a parte l'inconsistenza giuridica del mettere a confronto norme dettate per tassare gli atti gratuiti con norme in tema di imposta di registro, dettate per tassare gli atti onerosi, sfugge alla Corte come la logica delle due imposte sia completamente diversa, colpendo l'imposta di registro sulla compravendita una manifestazione di capacità contributiva reale e – soprattutto – visibile, il pagamento del prezzo, l'imposta di successione e donazione gli "arricchimenti senza sforzo".

Tassare, lo ribadiamo, il vincolo di destinazione in quanto tale determina invece l'applicazione di un'imposta che non ha ad oggetto né una manifestazione di ricchezza né un arricchimento.

4. Conclusioni

La dinamica strutturale del *trust* ne ha comportato l'affermazione come valido strumento di pianificazione patrimoniale e fiscale non solo per le imprese ma anche per le famiglie, determinando un incremento del suo utilizzo con svariate finalità.

La struttura amorfa e duttile dello strumento ne consente l'utilizzo nelle più disparate fattispecie concrete, dando vita a molteplici schemi negoziali che, conseguentemente, possono comportare l'assoggettamento dello strumento a conseguenze non uniformi dal punto di vista dell'imposizione tributaria. In particolare, come visto, con riferimento all'applicabilità dell'imposta sulle successioni e donazioni alla costituzione di un *trust*.

Ad acuire ancora di più l'incertezza ha contribuito anche l' Agenzia delle Entrate con un orientamento, insufficiente sotto molteplici aspetti perché ancorato ad una visione che non tiene conto della poliedricità dell'istituto e censurabile sotto molteplici punti di vista.

Nonostante innumerevoli sentenze di merito susseguitesi negli anni sfavorevoli all'Amministrazione finanziaria, che avrebbero dovuto condurre, riguar-

[78] C.t.r. Milano, 21 gennaio 2016, n. 346; C.t.r. Milano, 25 gennaio 2016, n. 418.

[79] La decisione, pur essendo stata pubblicata il 7 marzo 2016, è stata pronunciata l'8 luglio 2015, quindi antecedentemente alle sentenze della medesima corte del 18 dicembre 2015, n. 25478 e n. 25479.

do alle imposte indirette, a una revisione dei criteri di tassazione di tali operazioni negoziali ovvero a un intervento legislativo, si è ancora fermi a modalità di tassazione del tutto prive di basi legali. Non esistono norme, in tema di imposte indirette, che disciplinano la tassazione del *trust*.

Anzi, come evidenziato, i tanto attesi orientamenti della giurisprudenza di legittimità, con una logica alquanto discutibile, sconfessando quasi tutte le sentenze di merito, sono stati dirompenti creando una sorta di "nuova" normativa tributaria prima non esistente.

Bisogna solo sperare nel "nuovo corso" inaugurato dalle sentenze di dicembre 2015, coerenti con i principi di giustizia tributaria sottolineando che l'ultima sentenza della Cassazione che ritorna alla "nuova imposta", pur essendo stata pubblicata il 7 marzo 2016, è stata pronunciata l'8 luglio 2015, quindi antecedentemente alle sentenze della medesima Corte del dicembre 2015.

Da quanto detto ed anche in virtù del sempre maggiore ricorso al *trust*, è certamente auspicabile un ripensamento, da parte dell'Agenzia delle Entrate, ma soprattutto un intervento normativo che dirima le numerose controversie che sono sorte sul tema nel corso degli ultimi anni, per poter aver una precisa e corretta delimitazione degli ambiti applicativi dei vari tributi indiretti nei riguardi del *trust*.

Stanislao De Matteis
Giudice presso il Tribunale di Napoli e Giudice Tributario presso la CTP di Napoli

Il contraddittorio endoprocedimentale nell'accertamento tributario: l'esame della giurisprudenza della Suprema Corte *

abstract

The subject of this work is the value to be attributed to a hearing in the period preceding the issuance of the assessment, particularly with regard to its conditions for application and penalties in case of violation of the principle.

keywords

Contradictory – Tax Assessment – Penalties.

abstract

Oggetto del presente lavoro è la valenza da attribuire al contraddittorio nella fase che precede l'emissione dell'atto di accertamento, con particolare riguardo ai suoi presupposti applicativi e alle sanzioni in caso di violazione del principio.

parole chiave

Contraddittorio preventivo – Accertamento tributario – Sanzioni.

sommario

Premessa. – **1.** L'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale previsto dall'art. 12, comma 7, l. n. 212 del 2000. – **1.1.** (Segue) Quale sanzione per la violazione del contraddittorio endoprocedimentale? – **2.** Ambito applicativo dell'art. 12, comma 7, l. n. 212 del 2000. – **2.1.** (Segue) Cosa si intende per verbale di chiusura delle operazioni. – **2.1.1.** (Segue) La qualificazione della "particolare e motivata urgenza". – **2.1.2.** (Segue) Ulteriore ambito applicativo dell'art. 12, comma 7. – **2.2.** (Segue) L'art. 12, comma 7, si applica anche alle verifiche cd. a tavolino? – **2.2.1.** (Segue) L'indirizzo restrittivo. – **2.2.2.** (Segue) L'indirizzo espansivo. – **2.2.3.** (Segue) Contraddittorio endoprocedimentale e Sezioni Unite. – **2.2.3.1.** (Segue) Sez. un. n. 19667/2014. – **2.2.4.** L'ordinanza interlocutoria n. 527/2015. – **3.** La soluzione delle Sezioni Unite 24823/2015. – **3.1.** Le (pretese) distonie. – **3.2.** La giurisprudenza successiva a Cass., sez. un., 19667/2014 e 19668/2014. – **3.2.1.** Corte costituzionale n. 132/2015. – **3.3.** L'insussistenza di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale in campo tributario. – **3.3.1.** L'interpretazione dell'art. 12, comma 7. – **3.3.2.** Esame delle altre norme ordinarie. – **3.3.3.** Una conferma che deriva (a contrario) dal sistema. – **3.3.4.** Il contraddittorio endoprocedimentale e gli artt. 24 e 97 Cost. – **3.4.** Il contraddittorio endoprocedimentale nel diritto dell'Unione Europea. – **3.4.1.** I temperamenti. – **3.5.** Diritto interno e diritto europeo. – **3.6.** I tributi non armonizzati. – **3.7.** I tributi armonizzati. – **3.8.** L'impossibilità di un'estensione in via interpretativa del principio del contraddittorio endoprocedimentale ai tributi non armonizzati. – **4.** La sanzione dell'invalidità dell'atto impositivo per la violazione del principio del contraddittorio. – **5.** La giurisprudenza successiva a Cass. sez. un. n. 24823/2015. – **5.1.** La questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 7, l. n. 212/2000.

Premessa

La questione del rilievo da attribuire al contraddittorio tra contribuente e amministrazione finanziaria nella fase del procedimento di accertamento è stata oggetto, nel corso degli ultimi anni, di un notevole e interessante approfondimento da parte della giurisprudenza della Corte di cassazione, a seguito della ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite che, con sentenza del 29.7.2013, n. 18184, ha dato il via ad un'ampia riflessione sul tema, di importanza fondamentale al fine di delineare un rapporto tra fisco e contribuente ispirato a quel giusto equilibrio che contemperi l'esigenza di far sì che ciascuno concorra alla spesa pubblica in ragione della propria capacità contributiva con quella della salvaguardia dei principi di civiltà giuridica che devono improntare i rapporti tra autorità e cittadino.

Il dibattito giurisprudenziale sulla obbligatorietà del contraddittorio preventivo ha valorizzato sempre più i principi stabiliti dalla Corte di Giustizia Europea e richiamati dallo Statuto dei Diritti del Contribuente[1].

Acclarata la nullità dell'avviso di accertamento

* Testo della relazione svolta al Convegno "*La riforma del processo tributario*", organizzato a Torino il 22 aprile 2016 dal CPGT in collaborazione con l'ODCEC.

[1] Il contraddittorio endo-procedimentale trova fondamento (anche se con i temperamenti di cui si darà conto nel testo) nel diritto interno sia nell'art. 24, sia nell'art. 97 della Cost., in quello comunitario negli artt. 41, 47 e 48 della Carta di Nizza-Strasburgo (*i.e.*, Carte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) ed in quello convenzionale presumibilmente nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

emesso *ante tempus*, in assenza di particolari e motivate ragioni di urgenza, con l'ordinanza n. 527 del 2015 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è stata investita dell'onere di chiarire se esiste sempre un diritto al contraddittorio, anche laddove non espressamente previsto dalla legge, e quali sono le conseguenze sull'atto finale in caso di violazione. Il tutto sullo sfondo di una delega fiscale che valorizza il dialogo tra Fisco e contribuenti e dovrebbe orientare gli addetti ai lavori a percepirlo come un'opportunità e non soltanto un adempimento procedurale[2].

Questa la questione sottoposta alle Sezioni Unite:

1. Se l'affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite, n. 19667 del 18.09.2014 – secondo cui nella materia tributaria, ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente, l'Amministrazione sarebbe tenuta ad attivare, a pena di invalidità dell'atto, il contraddittorio endoprocedimentale "*indipendentemente dal fatto che ciò sia previsto espressamente da norma positiva*" – trovi fondamento nell'ordinamento nazionale o esclusivamente nel diritto dell'Unione Europea e, in questo caso, quale ne sia la portata applicativa;

2. se, ove confermata nella sua pienezza il suddetto principio, le garanzie previste dall'art. 12, comma 7, l. 27 luglio 2000 n. 212 – e, nella specie, l'obbligo di consegna di un verbale di contestazione e il rispetto del termine dilatorio di sessanta giorni dalla consegna per l'emanazione dell'avviso di accertamento, salvo i casi di urgenza – siano applicabili, in via analogica, ai procedimenti di verifica fiscale cosiddetta "a tavolino", effettuata presso la sede dell'Ufficio in base alle notizie e alla relativa documentazione di supporto acquisite presso pubbliche amministrazioni o presso terzi o fornite dallo stesso contribuente mediante la compilazione di questionari o in sede di colloquio presso l'Ufficio (questione di massima di particolare importanza);

3. se, in tali casi, l'avviso di accertamento emanato senza essere preceduto dalla consegna di un verbale di constatazione o prima dello spirare del termine di sessanta giorni dalla data di tale consegna (salvo il caso di urgenza di cui all'ultima parte del richiamato comma 7 dell'art. 12 l. n. 212/2000) sia in ogni caso invalido o se, invece, in applicazione dei principi sul contraddittorio procedimentale di matrice eurounitaria, l'atto debba essere giudicato invalido solo se, in mancanza di tale violazione, il procedimento avrebbe potuto avere un esito diverso.

Nel contributo che segue si dà conto dello stato della giurisprudenza e delle problematiche affrontate e (non ancora del tutto) definite.

1. L'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale previsto dall'art. 12, comma 7, l. n. 212 del 2000

L'art. 12, comma 7, l. n. 212/2000 dispone che, «Nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza. Per gli accertamenti e le verifiche aventi ad oggetto i diritti doganali di cui all'art. 34 del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale approvato con d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, si applicano le disposizioni del d.lgs. 8 novembre 1990, n. 374, art. 11»[3].

All'evidenza, lo schema delineato dall'art. 12, comma 7, cit. prevede quattro fasi: 1) attività istruttoria; 2) atto conclusivo dell'attività istruttoria; 3) comunicazione dell'atto al contribuente; 4) avvio di una fase in contraddittorio.

In disparte considerazioni di carattere generale sul c.d. Statuto dei diritti del contribuente, è necessario rilevare che la norma costituisce espressione del principio di cooperazione nei rapporti tra gli Uffici fiscali ed i contribuenti e, in funzione di una corretta applicazione delle disposizioni tributarie nell'ambito del procedimento tributario finalizzato all'accertamento, pone uno specifico obbligo di attivazione del contraddittorio nella fase istruttoria dell'attività di verifica e controllo svolta dall'Amministrazione finanziaria, che si sostanzia nel riconoscimento del diritto del contribuente a formulare osservazioni e richieste, entro il prescritto termine di sessanta giorni, e nella previsione di un termine dilatorio per l'adozione dell'avviso di accertamento.

Nondimeno, la disposizione non assume la natura di clausola generale, per la molteplicità dei procedimenti che concorrono all'attuazione delle leggi di imposta.

Gli obblighi di attuazione del contraddittorio endoprocedimentale sono dettati, infatti, con riferimento alle sole ipotesi di «accessi, ispezioni e verifiche fiscali

[2] La l. delega 11 marzo 2014, n. 23, si riferisce al principio del contraddittorio procedimentale per ben tre volte. Il primo riferimento è nell'art. 1, lett. b), ove, si raccomanda la previsione di «forme di contraddittorio propedeutiche all'adozione degli atti di accertamento dei tributi» nel più ampio «quadro di reciproca e leale collaborazione» fra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria. Il secondo riferimento è nell'art. 5, lett. f), ove, nel disciplinare gli istituti dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale, si raccomanda la previsione di «specifiche regole procedimentali che garantiscano un efficace contraddittorio con l'amministrazione finanziaria e salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento tributario». Il terzo riferimento è nell'art. 9, lett. b), ove, nel dettare la disciplina per il «rafforzamento dell'attività conoscitiva e di controllo», si raccomanda di "rafforzare" il «contraddittorio nella fase di indagine e la subordinazione dei successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale».

[3] L'ultimo periodo è stato aggiunto dal d.l. n. 1 del 2012, art. 92, convertito in l. n. 27 del 2012.

nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche o professionali» e la formula adottata dal legislatore è in sintonia con la lettura dell'intero articolo, le cui disposizioni appaiono funzionali ad assicurare una piena tutela "partecipativa" del contribuente nelle ipotesi di verifiche *in loco*.

La funzione dell'art. 12, comma 7, dunque, è quella di realizzare prodromiche condizioni di parità per le parti nei rapporti con l'Amministrazione accertante. Il legislatore ha inteso assicurare al contribuente, in quanto titolare di una qualificata posizione giuridico–soggettiva di diritto o interesse, particolarmente esposta nei casi di verifica fiscale eseguita mediante accessi o ispezioni, la partecipazione attiva al procedimento tributario, ponendolo nelle condizioni di avviare un contraddittorio amministrativo preventivo, in via endoprocedimentale, sia in funzione puramente collaborativa, sia di tutela anticipata delle proprie ragioni[4].

La norma ha un duplice contenuto precettivo.

In primo luogo, riconosce al contribuente soggetto ad attività di verifica fiscale il diritto di "*comunicare osservazioni e richieste*" prima che gli uffici impositori assumano provvedimenti capaci di incidere sulla sua sfera giuridica. Il riconoscimento di tale facoltà partecipativa in favore del contribuente costituisce espressione, oltre che del principio di cooperazione alla funzione di accertamento, del diritto di difesa del contribuente, che, attraverso l'esposizione di puntuali e fondate deduzioni logico-giuridiche, agisce per prevenire l'emissione dell'atto impositivo pregiudizievole per le proprie ragioni.

La facoltà di comunicare osservazioni e richieste, è ancorato dalla norma alla formalizzazione dell'attività istruttoria nel *processo verbale di chiusura delle operazioni di verifica*[5] o "*processo verbale di constatazione*" (p.v.c.), atto tipizzato, redatto in contraddittorio col contribuente o con chi eventualmente lo rappresenta, di natura endoprocedimentale, presupposto rispetto all'eventuale avviso di accertamento, che è l'atto impositivo a rilevanza esterna[6].

In secondo luogo, la norma prevede la garanzia di uno *spatium deliberandi* di 60 giorni per l'adozione dell'atto impositivo (avviso di accertamento), a decorrere dalla consegna del processo verbale di constatazione, e ne disciplina le conseguenze della violazione, per l'ipotesi di notifica dell'atto prima della completa consumazione del termine.

1.1. (Segue) Quale sanzione per la violazione del contraddittorio endoprocedimentale?

La prevalente dottrina individua nella fattispecie un'ipotesi di "paralisi" o "sospensione" del potere di accertamento, funzionale allo svolgimento del diritto di difesa preventiva del contribuente. Nella fase di accertamento, infatti, l'Ufficio finanziario è tenuto a valutare tutte le deduzioni formulate dal contribuente in sede di contraddittorio amministrativo preventivo alla cristallizzazione del processo verbale di constatazione, nonché le richieste e le osservazioni eventualmente proposte dal medesimo in pendenza del termine dilatorio prescritto dall'art. 12, comma 7, l. n. 212/2000. Di qui la deduzione della illegittimità dell'atto di accertamento, perché emanato in carenza di potere, nel caso di notificazione prima del decorso del termine di sessanta giorni.

Il problema che si è, quindi, posto negli ultimi anni è quello relativo alla perentorietà o meno del termine di 60 e giorni e, conseguentemente, alla ipotesi di nullità dell'avviso emanato prima del decorso del predetto termine.

Su tale questione la giurisprudenza della quinta sezione della Corte di Cassazione ha dato luogo ad orientamenti variegati.

In estrema sintesi, si è ritenuto che l'avviso di accertamento emesso prima del decorso del termine di sessanta giorni previsto dalla norma in esame:

a) è in ogni caso valido, per il principio di tassatività delle nullità, "sanzione" non comminata dalla norma (e che, anzi, era prevista nel testo originario del disegno di legge e poi fu soppressa); per la natura vincolata dell'atto rispetto al verbale di constatazione sul quale si fonda; perché il contribuente ha comunque altri strumenti a disposizione (accertamento con adesione, istanza di autotutela, ecc.); perché è errato riferire la nullità al difetto di motivazione sull'urgenza, in quanto le norme sulla motivazione degli atti tributari attengono al contenuto della pretesa, non

[4] La regola del contraddittorio, inoltre, si inserisce nel quadro del principio costituzionale del diritto di difesa, il quale mira a garantire non soltanto l'uguaglianza delle parti ma, soprattutto, ad assicurare al cittadino la possibilità di esporre e far valere le proprie ragioni e di conoscere le opposte argomentazioni.

[5] In dottrina si ritiene applicabile l'art. 12, comma 7, anche quando l'atto presupposto, seppure redatto in contraddittorio, non sia un processo verbale di constatazione (p.v.c.), ma un diverso atto endoprocedimentale conclusivo, comunque, di un contraddittorio amministrativo espletato nell'ambito di una verifica tributaria. Talune posizioni della giurisprudenza di merito riconoscono tali facoltà "*anche in assenza di un vero e proprio procedimento di verifica o di un verbale che ne formalizzi la conclusione*" (C.t.r. Lombardia. Milano, sez. 31, 10 maggio 2010, n. 126, in *www.plurisonline.it*). In senso contrario a tale orientamento, L. Salvini, *La nuova partecipazione del contribuente,* in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano, Atti del convegno "I settanta anni di Diritto e Pratica Tributaria",* Genova 2-3-luglio 1999, Cedam, Padova, 2000, p. 601, in cui si sottolinea l'assenza di generalità della disposizione, che opererebbe solo quando il contribuente sia soggetto ad una verifica fiscale. *Amplius*, v. *infra* § 3.1.

[6] L'art. 12, comma 7, della l. n. 212/2000 è applicabile a qualsiasi atto di accertamento o controllo con accesso o ispezione nei locali dell'impresa, compresi gli atti di accesso istantanei finalizzati all'acquisizione di documentazione, atteso che tale disposizione non prevede distinzioni e che l'art. 52, sesto comma, del d.P.R. n. 633 del 1972, stabilisce la redazione di un processo verbale di chiusura delle operazioni anche nel caso degli indicati atti di accesso istantanei (Cass. n. 15624/2014).

ai tempi di emanazione dell'atto; perché, infine, la nullità costituirebbe una conseguenza sproporzionata rispetto agli interessi costituzionali contrapposti (in tali sensi, sia pure con differenti sottolineature, *cfr.* Cass. nn. 19875 del 2008; 3988, 21103 del 2011; 16992 del 2012);

b) è invalido solo in assenza di motivazione dell'urgenza che ne ha determinato l'adozione *ante tempus*: tale indirizzo, in applicazione di quanto affermato da Corte cost. n. 244 del 2009, appunta, quindi, l'invalidità dell'atto al difetto di motivazione sulle ragioni dell'urgenza di provvedere, vizio sanzionato, in generale, dalla l. n. 241/1990, art. 21-*septies*, (introdotto dalla l. n. 15/2005) e, in materia tributaria, dalla l. n. 212/ 2000, art. 7, e dal d.lgs. n. 32 del 2001 (Cass. nn. 22320 del 2010; 10381 e 14769 del 2011; 4687, 11347 e 16999 del 2012);

c) è invalido in mancanza di motivi di urgenza, poiché il mancato rispetto del termine sacrifica un diritto riconosciuto al contribuente, con conseguente illegittimità dell'accertamento, senza bisogno di specifica previsione (Cass. nn. 5652 e 6088 del 2011); in particolare, inoltre, poiché la norma impone un termine per l'esercizio dell'azione impositiva piuttosto che un obbligo di motivazione circa il requisito dell'urgenza (obbligo che non rientra nella previsione della l. n. 212/2000, art. 7), l'esistenza di quest'ultimo opera *ex se*, senza che, ai fini dell'esonero dall'osservanza del termine, sia necessario che il fatto che determina l'urgenza sia enunciato nell'atto impositivo (Cass. n. 11944 del 2012).

In presenza di siffatti contrapposti orientamenti, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite le quali con sentenza n. 18184/2013 hanno condiviso la seconda soluzione sulla base dei seguenti passaggi argomentativi:

a) la norma è inserita nello Statuto dei diritti del contribuente, il cui art. 1, com'è noto, stabilisce, al comma 1, che «le disposizioni della presente legge, in attuazione degli artt. 3, 23, 53 e 97 Cost., costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali»: anche se è consolidato il principio secondo il quale alle norme statutarie non può essere attribuito, nella gerarchia delle fonti, rango superiore alla legge ordinaria, tuttavia alla specifica clausola rafforzativa di autoqualificazione delle disposizioni stesse come attuative delle norme costituzionali richiamate e come «principi generali dell'ordinamento tributario» non può non essere attribuito un preciso valore normativo, cioè il significato di «principi generali del diritto, dell'azione amministrativa e dell'ordinamento tributario», con riferimento, in primo luogo, a quelle disposizioni statutarie che dettano norme volte ad assicurare la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa e ad orientare in senso garantistico tutta la prospettiva costituzionale del diritto tributario;

b) nell'ambito delle norme statutarie, l'art. 12 assume una rilevanza del tutto peculiare, in ragione del suo oggetto (Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali) e delle finalità perseguite: l'incipit del comma 7, nel richiamare il «rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente», qualifica chiaramente la norma come espressiva dei principi di «collaborazione» e «buona fede», i quali, ai sensi del precedente art. 10, comma 1, devono improntare i rapporti tra contribuente e fisco e vanno considerati (analogamente al principio di tutela dell'affidamento, più specificamente contemplato nel comma 2 dello stesso art. 10) quali diretta applicazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.), di capacità contributiva (art. 53) e di uguaglianza, intesa sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3), e quindi, in definitiva, come fondamenti dello Stato di diritto e canoni di civiltà giuridica;

c) la norma introduce nell'ordinamento una particolare e concreta forma di «collaborazione» tra amministrazione e contribuente, attraverso la previsione di un termine dilatorio dalla chiusura delle operazioni di verifica, prima della cui scadenza, salvo "casi di particolare e motivata urgenza», l'atto impositivo "non può essere emanato": tale intervallo temporale è destinato a favorire l'interlocuzione tra le parti anteriormente alla (eventuale) emissione del provvedimento, e cioè il contraddittorio procedimentale;

d) quest'ultimo è andato assumendo, in giurisprudenza, in dottrina e nella stessa legislazione, proprio con specifico riferimento alla materia tributaria, un valore sempre maggiore, quale strumento diretto non solo a garantire il contribuente, ma anche ad assicurare il migliore esercizio della potestà impositiva, il quale, nell'interesse anche dell'ente impositore, risulta tanto più efficace, quanto più si rivela conformato ed adeguato – proprio in virtù del dialogo tra le parti, ove possibile – alla situazione del contribuente, con riflessi positivi anche in termini di deflazione del contenzioso (o, ancor prima, nel senso di indurre l'amministrazione ad astenersi da pretese tributarie ritenute alfine infondate);

e) in ambito giurisprudenziale vanno ricordate, principalmente, la pronuncia della C. giust., 18 dicembre 2008, C-349/07, Sopropè c. Fazenda Pública (con la quale, sia pure in materia di tributi doganali, ma con evidenti riflessi di ordine generale, è stato valorizzato il principio della partecipazione del contribuente – il quale «deve essere messo in condizione di far valere le proprie osservazioni» – a procedimenti in base ai quali l'amministrazione si proponga di adottare nei suoi confronti un atto di natura lesiva), e la sentenza della Cass., S.U., 18 dicembre 2009, n. 26635 (con la quale, in tema di accertamento "standardizzato", è stato affermato che il contraddittorio deve ritenersi un elemento essenziale e imprescindibile del

giusto procedimento che legittima l'azione amministrativa, con conseguente nullità – non esplicitamente comminata – degli avvisi di accertamento emessi con il metodo dei "parametri" o degli studi di settore, in assenza di previa attivazione del contraddittorio con il contribuente);

f) in conclusione, l'inosservanza del termine dilatorio in esame, in assenza di qualificate ragioni di urgenza, non può che determinare l'invalidità dell'avviso di accertamento emanato prematuramente, quale effetto del vizio del relativo procedimento, costituito dal non aver messo a disposizione del contribuente l'intero lasso di tempo previsto dalla legge per garantirgli la facoltà di partecipare al procedimento stesso, esprimendo le proprie osservazioni (che l'Ufficio è tenuto a valutare), cioè di attivare, e coltivare, il contraddittorio procedimentale: la "sanzione" della invalidità dell'atto conclusivo del procedimento, pur non espressamente prevista, deriva ineludibilmente dal sistema ordinamentale, comunitario e nazionale, nel quale la norma opera e, in particolare, dal rilievo che il vizio del procedimento si traduce, nella specie, in una divergenza dal modello normativo non certo innocua o di lieve entità, bensì di particolare gravità, in considerazione della rilevanza della funzione, di diretta derivazione da principi costituzionali, cui la norma stessa assolve e della forza impediente, rispetto al pieno svolgimento di tale funzione, che assume il fatto viziante.

Il principio di diritto affermato è il seguente: «In tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, la l. 27 luglio 2000, n. 212, art. 12, comma 7, deve essere interpretato nel senso che l'inosservanza del termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento – termine decorrente dal rilascio al contribuente, nei cui confronti sia stato effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività, della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni – determina di per sè, salvo che ricorrano specifiche ragioni di urgenza, la illegittimità dell'atto impositivo emesso *ante tempus*, poiché detto termine è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva. Il vizio invalidante non consiste nella mera omessa enunciazione nell'atto dei motivi di urgenza che ne hanno determinato l'emissione anticipata, bensì nell'effettiva assenza di detto requisito (esonerativo dall'osservanza del termine), la cui ricorrenza, nella concreta fattispecie e all'epoca di tale emissione, deve essere provata dall'Ufficio».

Coerentemente, la decisione (replicata, nella sostanza, da Cass. 15311/2014, con riferimento alla cartella d.P.R. n. 600/1973, *ex* art. 36-*ter*, non preceduta dalla comunicazione di cui al comma 4, dell'articolo medesimo) – pur non occupatasi criticamente della definizione dell'ambito di applicazione della disposizione, in quanto non investita del tema – ha specificamente curato, nel formulare il principio di diritto affermato, di circoscriverlo, in termini espliciti, alle ipotesi di "accesso", "ispezione" o "verifica" nei "locali destinati all'esercizio dell'attività" del contribuente.

Tali conclusioni continuano a trovare conferma nei più recenti dati giurisprudenziali (Cass. civ., sez. trib., 1264/2014 e 1869/2014; Cass. civ., sez. trib., 2592/2014).

2. Ambito applicativo dell'art. 12, comma 7, l. n. 212 del 2000

Nel corso del 2014 sono intervenute alcune pronunce che hanno, da un lato, precisato l'ambito applicativo del comma 7 dell'art. 12, e, dall'altro, esaminato la possibilità di estendere il principio affermato dalle Sezioni Unite, e, quindi, la sanzione di invalidità dell'atto, a fattispecie diverse da quella contemplata da detta norma[7].

Altre pronunce hanno affrontato il tema – che (a stretto rigore) fuoriesce dall'oggetto del presente contributo – della individuazione delle ragioni di urgenza

[7] Numerosa ed autorevole dottrina ha espresso perplessità sulla possibilità di individuare un principio generale che sancisca pienamente il diritto di partecipazione del contribuente al procedimento di accertamento dei tributi e sulla possibilità che la violazione del contraddittorio endoprocedimentale possa avere conseguenze invalidanti sull'atto di accertamento. In tal senso si vedano A. Fantozzi, *Le violazioni del contraddittorio e l'invalidità degli atti tributari,* in Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente. Studi in onore del prof. G. Marongiu, a cura di A. Bodrito, A. Contrino e A. Marcheselli, Torino, 2012, p. 479 e ss.; L. Salvini, *La "nuova" partecipazione del contribuente,* in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*. Atti del convegno "*I settant'anni di Diritto e pratica tributaria*", Genova 2-3 luglio 1999, Padova, 2000, 601; F. Gallo, *Contrad-dittorio procedimentale e attività istruttoria*, in Aa. Vv., La con-centrazione della riscossione nell'accertamento, Milano, 2011, 212; F. Picciaredda, *Il contraddittorio anticipato nella fase pro-cedimentale*, in Consenso, equità, cit., 397 ss.; G.M. Cipolla, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005, 273-274. Altra parte della dottrina, seppur riconosce l'inesistenza di una norma che sancisca chiaramente il principio del contraddittorio "anticipato" nel procedimento impositivo, ritiene di poter attribuire un ruolo di "supplenza" alla legge generale sul procedimento amministrativo. È questa, per esempio, la posizione di P. Selicato, *Scambio di informazioni, contraddittorio e Statuto del contribuente*, in Consenso, equità, cit., 451. Altri autori hanno, invece, ritenuto di poter superare l'ostacolo normativo, che pur riconoscono, mediante un'applicazione «non formalistica» e «restrittiva» dell'art. 12, comma 7, dello Statuto. È questa la posizione di A. Marcheselli, *L'effettività del contraddittorio nel procedimento tributario*, in Consenso, equità, cit., 414 ss. Infine, altra parte della dottrina ritiene che lo Statuto del contribuente abbia ormai inequivocabilmente introdotto il principio del contraddittorio nell'ambito dell'azione impositiva. In tal senso G. Marongiu, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2010, 130 ss.; G. Ragucci, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009, p. 57.

idonee ad esonerare l'amministrazione dal rispetto del termine dilatorio[8].

2.1. (Segue) Cosa si intende per verbale di chiusura delle operazioni

La prima questione che si è posta è quella relativa a cosa debba intendersi per "verbale di chiusura delle operazioni", dalla cui consegna decorre il termine dilatorio: se, cioè, occorra il rilascio di un "verbale di constatazione", con esito, cioè, positivo (ossia con rilievi a carico del contribuente), o se sia sufficiente la redazione di un verbale di mero accesso e acquisizione di documenti nei locali destinati all'esercizio dell'attività del contribuente.

La giurisprudenza si è orientata da subito nel secondo senso, con le sentenze 11 settembre 2013, n. 20770, e 5.2.2014, n. 2593: in entrambe si è precisato che nel processo verbale di accesso non devono necessariamente essere formulati rilievi o addebiti e pertanto la mancata redazione del verbale non è giustificata dal fatto che in sede di accesso sia stata svolta una mera richiesta di documentazione.

La trattazione del tema più approfondita è stata poi effettuata con le sentenze 7.3.2014, n. 5373 e n. 5374.

La Corte ha osservato che l'ordinamento tributario conosce distinzioni tra diversi tipi di verbali, sia quello "di ogni accesso", da cui "risultino le ispezioni e le rilevazione eseguite" (art. 56 d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, in tema di IVA, richiamato, per le imposte sui redditi, dall'art. 33 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e, per l'imposta di registro, dall'art. 53 *bis* d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131), sia il "verbale di constatazione", disciplinato sin dall'art. 24 l. 7 gennaio 1929, n. 4, cioè di rilevazione obiettiva delle violazioni delle norme finanziarie.

Ne ha tratto la conclusione che l'utilizzazione nell'art. 12 di una espressione generica e descrittiva, pur a fronte di più tipologie normative di verbali, è significativa della volontà di attribuire rilievo *anche* a verbali meramente istruttori che concludano le operazioni di accesso, ispezione o verifica nei locali suddetti, in conformità alla *ratio* della norma, volta a tutelare, già nella fase di indagine, l'interesse di entrambe le parti, attraverso un modulo partecipativo basato su un canone di lealtà reciproca[9].

2.1.1. (Segue) La qualificazione della "particolare e motivata urgenza"

Ulteriore problematica affrontata è quella della qualificazione della «*particolare e motivata urgenza*»[10].

Tale, ad esempio, non può essere considerata (Cass. civ., n. 3142/2014) «la mera allegazione dell'impedimento costituito dalla imminente scadenza del termine di decadenza per la notifica dell'atto impositivo, ma occorre altresì la prova che la circostanza in questione non sia stata determinata da fatto imputabile alla stessa PA, non essendo logicamente ipotizzabile una diversa interpretazione della norma tale da legittimare, in astratto, condotte elusive del termine dilatorio, volte a precostituire la ragione di urgenza mediante l'ingiustificato differimento dell'inizio o della chiusura delle operazioni di verifica fiscale».

L'Amministrazione Finanziaria ha, quindi, l'onere di dimostrare che la imminente scadenza del termine di decadenza, che non ha consentito di adempiere all'obbligo di legge, sia dipesa da fatti o condotte ad essa non imputabili a titolo di incuria, negligenza od inefficienza.

«Opinando diversamente» (Cass. civ., Sez. trib., 1869/2014, 7315/2014, 24316/2014) «si verrebbero a convalidare, in via generalizzata, tutti gli atti in scadenza, in contrasto col principio secondo il quale il requisito dell'urgenza deve essere riferito alla concreta fattispecie, e cioè al singolo rapporto tributario controverso. Dal citato contesto emerge che una ragione di urgenza, intanto è valida e idonea a giustificare l'anticipata emissione del provvedimento, in quanto sia specifica e particolare, vale a dire propriamente riferita al contribuente o al rapporto tributario di cui si tratta, non già all'assetto organizzativo dell'amministrazione che procede».

Mentre, invece (Cass. civ., Sez. trib., 2587/2014), «il pericolo derivante da reiterate condotte penali tributarie è, in astratto, una indubitabile e valida ragione d'urgenza atta a giustificare l'anticipazione della notifica dell'atto impositivo in deroga al termine imposto dalla l. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7».

Nondimeno, va rilevato che, anche di recente, corti di merito (Commiss. Trib. Reg. Lombardia, sez. 42, n. 6260 del 2014, in *Il sole 24 ore*, 196, 18 luglio 2015, 14) si sono espresse in modo differente, affermando che l'esigenza di evitare la decadenza dal potere impositivo, *sic et simpliciter*, cioè in assenza di ulteriori elementi di specificità, costituisca valida giustificazione dell'urgenza.

2.1.2. (Segue) Ulteriore ambito applicativo dell'art. 12, comma 7

Appare opportuno completare l'esame dei riscontri giurisprudenziali relativi all'art. 12, comma 7, rile-

[8] Per una panoramica complessiva della giurisprudenza di legittimità successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite, *cfr.* G. Fransoni, *L'art. 12 u.c. dello Statuto, la Cassazione e il tally-ho*, in Rass. trib., 2014, p. 598 ss.

[9] L'art. 12, comma 7, della legge n. 212 del 2000 è applicabile, dunque, a qualsiasi atto di accertamento o controllo con accesso o ispezione nei locali dell'impresa, compresi gli atti di accesso istantanei finalizzati all'acquisizione di documentazione, atteso che tale disposizione non prevede distinzioni e che l'art. 52, sesto comma, del d.P.R. n. 633 del 1972, stabilisce la redazione di un processo verbale di chiusura delle operazioni anche nel caso degli indicati atti di accesso istantanei (Cass. n. 15624/2014).

[10] *Cfr.* es. Cass., 5 aprile 2014, n. 2587 e n. 2592; Cass., 30 aprile 2014, n. 9424; Cass., 2 luglio 2014, n. 15034.

vando che, in materia doganale (Cass. civ., Sez. trib., 15032/2014), si è precisato che «la disciplina procedimentale di cui alla l. n. 212 del 2000, art. 12 non trovava – e non trova – comunque, applicazione al procedimento di revisione doganale che è regolato da uno "*jus speciale*", e che la "specialità" della disciplina normativa dell'accertamento doganale – con conseguente inapplicabilità della l. n. 212 del 2000, art. 12 – trova, peraltro, ulteriore conferma nell'intervento legislativo, modificativo dell'art. 12 dello Statuto del contribuente, comma 7 disposto con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 1, comma 2, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27 che ha eliminato ogni dubbio in proposito, aggiungendo al predetto l. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7 un ulteriore periodo volto a precisare definitivamente che il procedimento che regola gli accertamenti in materia doganale è disciplinato in via esclusiva dal d.lg. 8 gennaio 1990, n. 374, art. 11».

Il comma è stato ritenuto applicabile in tema di avviso di recupero di credito di imposta (Cass. civ., sez. trib., n. 5367/2014), in quanto la Cassazione ha «già avuto modo di operare una sostanziale equiparazione dell'avviso di recupero di credito di imposta all'avviso di accertamento. In particolare, è stato ritenuto che gli avvisi di recupero di crediti di imposta illegittimamente compensati, oltre ad avere una funzione informativa dell'insorgenza del debito tributario, costituiscono manifestazioni della volontà impositiva da parte dello Stato al pari degli avvisi di accertamento o di liquidazione, e come tali sono impugnabili innanzi alle Commissioni tributarie, ai sensi del d.lg. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 19, anche se emessi anteriormente all'entrata in vigore della l. 30 dicembre 2004, n. 311, che ha espressamente annoverato l'avviso di recupero quale titolo per la riscossione di crediti indebitamente utilizzati in compensazione».

Ed, anche, nel caso di diniego di rimborso (Cass. civ., sez. VI, n. 24567/2014), in quanto «il criterio della valorizzazione del "contraddittorio procedimentale" costituisce un criterio orientativo per il legislatore e per l'interprete, siccome indice della conformità dell'azione amministrativa ai canoni di trasparenza e di buon andamento. Alla stregua di tale condiviso orientamento giurisprudenziale, non può che concludersi che (…) non sussistano ragioni per ritenere che il mero dato testuale della norma si opponga all'estensione della regola di cui si discute, atteso il concreto effetto impositivo ed accertativo della pretesa tributaria che deve indubbiamente annettersi al diniego di rimborso».

Deve, infine, escludersi, secondo un orientamento espresso dai giudici di legittimità (Cass. civ., sez. trib., n. 25515/2013), che la disciplina in tema di termine dilatorio per la notifica dell'atto impositivo possa applicarsi ad una fattispecie nella quale gli accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza non abbia riguardato il contribuente ma un terzo: «il mancato rispetto del termine dilatorio di cui al ricordato art. 12, comma 7, riscontrato nella fattispecie concreta non rende illegittimi gli avvisi di accertamento, stante l'inoperatività della tutela apprestata dal comma 7 ai casi in cui non vi è stato un processo verbale di constatazione nei confronti del contribuente, ma l'amministrazione si è avvalsa di verifiche compiute nei confronti di terzi. È infatti condivisibile l'assunto dell'Agenzia per cui sarebbe lo stesso tenore letterale ad imporre simile tesi, avendo il legislatore testualmente presupposto che il termine decorre dalla consegna della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo. Ragion per cui, prosegue l'Agenzia, laddove il contribuente non è stato presente alle operazioni di verifica, nessun termine dilatorio potrà allo stesso essere concesso».

2.2. (Segue) L'art. 12, comma 7, si applica anche alle verifiche cd. a tavolino?

L'altra questione su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi è se la norma in discussione si applichi nei soli casi in cui si è verificato un accesso nei locali in cui il contribuente esercita la sua attività, oppure anche nelle ipotesi di verifiche o controlli eseguiti negli uffici ("a tavolino"), ossia in via generale a tutte le attività di verifica fiscale effettuata presso la sede dell'Ufficio, in base alle notizie e alla relativa documentazione di supporto acquisite presso pubbliche amministrazioni o presso terzi o fornite, su invito, dallo stesso contribuente mediante la compilazione di questionari o in sede di colloquio presso l'Ufficio

A tale questione è sottesa quella, logicamente presupposta, della portata del principio generale del contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 19667/2014 e dell'individuazione del fondamento positivo di tale principio.

2.2.1. (Segue) L'indirizzo restrittivo

Le sentenze nn. 16354/2012, 15583/2014, 7598/2014, 13588/2014, hanno espressamente affermato (le prime due con rifermento ad atti impositivi emessi nei confronti di soggetti diversi da quello presso cui erano stati effettuati gli accessi) che il perimetro applicativo della l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, è limitato agli accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali del contribuente.

Le ragioni che sorreggono l'indirizzo interpretativo ora menzionato possono sintetizzarsi come segue.

a) Si valorizza l'argomento letterale desumibile dal primo comma della l. n. 212/2000, art. 12, che esplicitamente contempla gli "accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche o professionali"; in proposito è stato sottolineato che anche la sentenza delle Sezioni Unite n. 18184/2013, che ha statuito l'illegittimità dell'atto impositivo emanato senza il rispetto del termine dilatorio di cui alla

l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, nell'enunciare il principio di diritto ha correlato la decorrenza del termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento al momento del "rilascio al contribuente, nei cui confronti sia stato effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività, della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni". L'argomento letterale viene altresì supportato dal rilievo che tutte le disposizioni contenute nella l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, appaiono palesemente calibrate sulle esigenze di tutela del contribuente in relazione alle visite ispettive *in loco*.

b) Si argomenta, sul piano teleologico, che la limitazione alle sole verifiche in loco della particolare garanzia del contraddittorio procedimentale di cui alla l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, si giustifica con il rilievo che solo in tale ipotesi (che si caratterizza perché l'Amministrazione invade la sfera del contribuente nei luoghi di sua pertinenza, ricercando direttamente gli elementi che reputa utili a verificare la sussistenza di attività non dichiarate) sussiste la specifica esigenza di bilanciare lo squilibrio tra contribuente e Amministrazione, derivante dall'assoggettamento del primo ai poteri ispettivi della seconda, e, quindi, di espandere il contraddittorio al fine di correggere, adeguare e chiarire, nell'interesse del contribuente e della stessa Amministrazione, gli elementi acquisiti presso i locali aziendali; laddove tale esigenza sarebbe fortemente attenuata quando la verifica si fondi, almeno in prevalenza, su documenti presentati all'Ufficio dallo stesso contribuente (argomento, quest'ultimo, che peraltro non copre le ipotesi – nelle quali pure le citate sentenze nn. 16354/12 e 15583/14 hanno escluso l'applicabilità della L. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7, – dell'avviso di accertamento fondato su dati acquisiti in accessi presso un soggetto diverso rispetto a colui che viene investito dall'accertamento e, quindi, con l'utilizzazione di documenti e dati che il contribuente nella normalità dei casi ignora).

c) Si afferma, sul piano sistematico, che l'esistenza di un principio generale che imponga in ogni caso il contraddittorio fin dalla fase di formazione della pretesa fiscale, sotto pena di invalidità dell'atto impositivo, non sarebbe ravvisabile né nell'ordinamento interno, né nel diritto comunitario.

In particolare, quanto al diritto interno, si richiama il precedente della Suprema Corte n. 26316/10 – secondo il quale, anche dopo l'entrata in vigore dello Statuto del contribuente, non può ritenersi esistente un principio generale di contraddittorio in ordine alla formazione della pretesa fiscale – e si sottolinea che, quando il legislatore ha inteso estendere al di fuori dell'ambito degli accertamenti in loco il meccanismo di garanzia del contraddittorio endoprocedimentale costituito dalla previsione di un termine, decorrente dalla chiusura delle operazioni di verifica, entro il quale il contribuente possa proporre osservazioni e prima del cui decorso non possa emanarsi l'atto impositivo, lo ha stabilito espressamente.

Quanto al diritto comunitario, si è evidenziato come nella sentenza 22 ottobre 2013, in causa C-276/12 Jiri Sabou, la Corte di giustizia, in una controversia inerente alla reciproca assistenza fra le autorità degli Stati membri in materia di imposte dirette, ma con chiari riflessi di carattere generale, ha sottolineato che occorre distinguere, «nell'ambito dei procedimenti di controllo fiscale, la fase dell'indagine nel corso della quale vengono raccolte le informazioni, dalla fase contraddittoria, tra l'Amministrazione fiscale e il contribuente cui essa si rivolge, la quale inizia con l'invio a quest'ultimo di una proposta di rettifica» (punto 40), giungendo a specificare che «l'Amministrazione, quando procede alla raccolta d'informazioni, non è tenuta ad informarne il contribuente né a conoscere il suo punto di vista» (punto 41).

Più di recente, la Corte, con sentenza sez. 5, n. 961 del 21 gennaio 2015, in via incidentale, ha negato che, in armonia con il generale principio statutario del giusto procedimento in materia tributaria, sussista un obbligo di contraddittorio preventivo con il contribuente prima dell'emissione dell'atto impositivo. La Corte ha ricordato che «… – a prescindere da talune non univoche e circoscritte linee di tendenza isolatamente espansive di garanzie endoprocedimentali in peculiari fattispecie limitative della sfera giuridica del contribuente (es. Cass., sez. U, 19667-19668/2014, sull'iscrizione ipotecaria) – nel quadro istituzionale e normativo generale disegnato dalla Costituzione (art. 97) il principio di legalità dell'azione amministrativa declina il potere pubblico esclusivamente in termini di esercizio tipico e formale (v. Cass., sez. U, 4648/2010)».

Come osservato nell'ordinanza interlocutoria n. 527/2015, l'art. 12 costituisce, al pari delle disposizioni di cui agli artt. 52, comma 6, del d.P.R. n. 633 del 1972 in materia di IVA, richiamato dall'art. 33 del d.P.R. n. 600 del 1973 in materia di imposte dirette, a propria volta richiamato dall'art. 53-*bis* del d.P.R. n. 131 del 1981 in tema di imposta di registro, la fonte del diritto alle garanzie procedimentali per lo specifico procedimento di verifica eseguita mediante accesso nei locali in cui il contribuente esercita la propria attività imprenditoriale o professionale. Dalla specificità delle forme di garanzia procedimentali ivi previste deriva che l'obbligo di redazione di un processo verbale di constatazione e di consegna di copia al contribuente, nei casi in cui si realizzi un accesso presso i locali del contribuente in fase di verifica, opera anche in ipotesi di esito negativo della verifica fiscale o di constatazione di assenza di violazioni o addebiti, in quanto forma normativamente tipizzata di manifestazione del potere autoritativo in ambito tributario.

L'assunto trova conforto anche nella richiamata sentenza n. 961/2015 che "rilegge" l'orientamento

espresso dalla Corte di giustizia sul caso Sopropé (Corte giust. 18 dicembre 2008, C-349/07) – secondo cui ogni individuo debba essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo – alla luce delle precisazioni contenute nelle successive decisioni sul caso Jiri Sabou (sentenza 22 ottobre 2013, in causa C-276/12) e, soprattutto, sul caso Kamino International Logistics (sentenza 3 luglio 2014, in causa C-129/13), non sorgendo l'obbligo del contraddittorio prima che l'Amministrazione proceda ad attività istruttorie. Quest'ultima pronunzia, infatti, dà copertura comunitaria al principio giuspubblicistico di strumentalità delle forme[11] e chiarisce che «il giudice nazionale, avendo l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, può, nel valutare le conseguenze di una violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere sentiti, tenere conto della circostanza che una siffatta violazione determina l'annullamento della decisione adottata al termine del procedimento amministrativo di cui trattasi soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso».

In materia doganale, inoltre, il legislatore, con l'art. 92 del d.l. 24 gennaio 2012 n.1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012 n. 27, ha inserito nell'art. 11 del d.lgs. n. 374/1990 il comma 4-*bis* che, espressamente richiamando l'art. 12 dello Statuto dei diritti del contribuente, ha previsto per il contribuente il termine di 30 giorni dalla notifica dell'esito della revisione dell'accertamento, compiuta d'ufficio, per comunicare osservazioni e richieste[12].

2.2.2. (Segue) L'indirizzo espansivo

Al riguardo si possono ricordare:

1) la sentenza n. 2594/2014, che, in relazione all'impugnativa di un avviso di accertamento emesso all'esito di indagini bancarie, ha accolto il mezzo di ricorso con cui il contribuente aveva censurato la sentenza di merito per non aver ritenuto che il termine dilatorio di cui al l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, dovesse essere rispettato dall'Ufficio anche in esito a verifica fondata su indagini bancarie.

2) la sentenza n. 7960/2014 (come la precedente SU 26635/2009), che, pur escludendo l'operatività del termine di cui alla l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, in tema di accertamento standardizzato mediante parametri e studi di settore, sorregge il *decisum* non con la negazione dell'esistenza di un principio generale del contraddittorio endoprocedimentale tributario (che riconosce espressamente, affermandone altresì la *vis expansiva*) ma con l'affermazione che negli accertamenti standardizzati mediante parametri e studi di settore il rispetto del contraddittorio endoprocedimentale è garantito dall'obbligo di interlocuzione con il contribuente riconosciuto dalla sentenza n. 26635/09 delle Sezioni Unite;

3) la sentenza n. 406/2015, con la quale si afferma che avuto riguardo alla operata riconduzione ad unità sistematica, in materia tributaria, del principio del contraddittorio anticipato e delle conseguenze giuridiche invalidanti l'atto per la inosservanza del modello legale, risulta che tanto la disciplina procedimentale delle fattispecie abusive, in materia di imposte dirette, dettata dall'art. 37 bis, comma 4, quanto quella prevista dalla l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, debbono essere unitariamente interpretate alla stregua degli specifici riferimenti tratti dalla giurisprudenza comunitaria secondo cui «il rispetto dei diritti di difesa costituisce un principio generale del diritto comunitario che trova applicazione ogniqualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo» (cfr. Corte giustizia 18 dicembre 2008, causa C-349107, Sopropè; id. 22 ottobre 2013, causa C276/12, Sabou), con la conseguenza che «i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'Amministrazione intende fondare la propria decisione» (cfr. Corte di giustizia 24 ottobre 1996, causa C-32/95 P, LisrestaU id 21 settembre 2000, causa C-462/98 P, Mediocurso; id. 12 dicembre 2002, causa C-395/00, Cipriani; id. Sopropè, cit.; id. Sabou, cit.). «Da tale affermazione di principio la sentenza citata trae poi la conclusione che "anche nel caso in cui l'Ufficio finanziario intenda contestare fattispecie elusive, indipendentemente dalla riconducibilità o meno delle stesse alle ipotesi contemplate dal d.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis, comma 3, è tenuto a richiedere preventivamente chiarimenti al contribuente e ad osservare il termine dilatorio di gg. 60, prima di emettere l'atto accertativo che dovrà essere specificamente motivato anche in ordine alle osservazioni, chiarimenti, giustificazioni, eventualmente fornite dal contribuente, risultando inficiato dal vizio di nullità l'atto impositivo emesso in difformità da detto modello procedimentale».

Attraverso il procedimento ermeneutico e l'utilizzo del "dogma delle nullità virtuali" la Corte individua, dunque, nell'ordinamento giuridico tributario – quale risultante del sistema plurimo delle fonti di produzione normativa – in relazione alla indicata violazione, un vizio di invalidità dell'atto impositivo per contrasto con la "norma imperativa" di cui all'art. 12, comma 7, della l. n. 212/2000. Tale norma, infatti, è «volta a dare diretta attuazione ad un principio generale comunitario inderogabile (nonché ai principi costituzionali

[11] Il principio di strumentalità delle forme è affermato da Sez. 5, Sentenza n. 5518 del 06/03/2013.

[12] L'intervento innovativo si coniuga con l'abrogazione, ad opera dell'art. 12, primo comma, lett. a) del d.l. 2 marzo 2012 n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 2012 n. 44, dell'art. 11, comma 7, del d.lgs. n. 374 del 1990, il quale prevedeva un termine di trenta giorni per la contestazione della rettifica, decorrente dalla data di notifica dell'avviso.

indicati negli artt. 3, 53 e 97 Cost.), avuto riguardo al fondamento comunitario del principio di garanzia del diritto al contraddittorio (quale espressione del più generale diritto di difesa) che deve trovare attuazione anche nella fase amministrativa le volte in cui deve essere adottato un atto autoritativo idoneo a produrre effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica del destinatario».

Un ulteriore elemento a supporto dell'orientamento "espansivo" si trae dal superamento della nozione in senso stretto di "processo verbale di chiusura delle operazioni", cui fa riferimento l'art. 12, comma 7, che nella pacifica interpretazione della Corte viene fatto coincidere sostanzialmente con qualsivoglia atto conclusivo di una fase conoscitiva, prescindendo sia dal tipo di conoscenze acquisito, sia dal contenuto specifico dell'atto e, in particolare, dal modo in cui tali conoscenze vengono, eventualmente, elaborate e riflesse nell'atto medesimo[13].

2.2.3. (Segue) Contraddittorio endoprocedimentale e Sezioni Unite

Ma, a parte la giurisprudenza della Sezione tributaria, nella materia in esame risulta decisiva l'elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite, le quali, fin dalla sentenza n. 26635/2009, in tema di studi di settore, hanno affermato che il contraddittorio, realizzato attraverso la procedura di accertamento per adesione, costituisce, «momento essenziale e imprescindibile (anche in assenza di una espressa previsione normativa) del giusto procedimento che legittima l'azione amministrativa di accertamento»[14].

La pronuncia richiama, ed esplicitamente fa proprie, confermandole, le argomentazione espresse da sez. 5, Sentenza del 7 febbraio 2008 n. 2816, che, in tema di accertamento in via presuntiva delle imposte sui redditi, rilevava che, al di là della eventuale esistenza di disposizione normativa che abbia escluso il contraddittorio procedimentale, per il principio generale amministrativo del giusto procedimento e quello di legalità amministrativa applicato ai rapporti tra atti amministrativi generali ed astratti e atti amministrativi particolari e concreti, la garanzia del contraddittorio è comunque assicurata, per implicito, al contribuente che si voglia assumere come destinatario di un provvedimento amministrativo d'imposizione tributaria esercitando un potere istruttorio di accertamento presuntivo.

Le pronunce richiamate[15], pur individuando nell'ordinamento un principio generale del contraddittorio con riferimento all'esercizio del potere di accertamento fiscale, non ne affermano però la necessaria applicazione in fase istruttoria, in via anticipata rispetto all'atto impositivo (avviso di accertamento).

Deve, inoltre, ulteriormente richiamarsi Cass. SU 18184/2013 che, nello stabilire che il mancato rispetto del termine dilatorio di sessanta giorni, di cui all'art. 12, comma 7, della l. n. 212/2000, debba comportare la nullità dell'avviso di accertamento, ha dedotto che la violazione del predetto termine dilatorio realizzerebbe un modello procedimentale difforme da quello legale, tale che, pur in assenza d'un'espressa previsione di nullità, «spetta all'interprete il compito di delineare l'oggetto e i confini di una ipotesi di invalidità introdotta in via ermeneutica».

2.2.3.1. (Segue) Sez. un. 19667/2014

Infine, con la sentenza n. 19667/2014, le Sezioni Unite, andando oltre i precedenti nn. 26635/09 e 18184/13, sono giunte ad affermare che la partecipazione e l'accesso del soggetto di imposta (e destinatario della pretesa tributaria formatasi in esito al procedimento) sono compatibili con il procedimento tributario ed operano secondo gli schemi dello Statuto del contribuente (e non secondo i modelli dalla l. n. 241/1990, sul procedimento amministrativo, pur se talune di queste disposizioni sono sostanzialmente riprodotte nella l. n. 212/2000), costituito da "«un complesso di norme la cui precipua funzione è quella di improntare l'attività dell'amministrazione finanziaria alle regole dell'efficienza e della trasparenza, nonché quella di assicurare l'effettività della tutela del contribuente nella fase dei procedimento tributario» (punto n. 14).

[13] Qualunque atto collocato a valle della fase di acquisizione di dati e notizie può essere idoneo ad attivare l'obbligo di contraddittorio. La Corte, in particolare, valorizza l'equivalenza fra processo verbale di "chiusura delle operazioni" e processo verbale delle "operazioni svolte" (sez. 5, sentenza n. 2594 del 5 febbraio 2014); esclude che la nozione di "processo verbale di chiusura delle operazioni" impiegata nell'art. 12, u.c., cit. debba essere intesa in senso limitativo (sez. 5, sentenza n. 5373 del 7 marzo 2014). In tale ultima pronuncia si afferma che «l'ordinamento tributario conosce la distinzione fra diversi tipi di verbali» e che solo nella l. 7 gennaio 1929, n. 4 si prevedono dei verbali di constatazione (secondo la formula poi invalsa nella prassi), ma in una prospettiva che «non conosceva la distinzione fra constatazione e accertamento» per concludere, infine, per la natura "meramente descrittiva" dell'indicazione contenuta nell'art. 12, cit. *Amplius*, v. § 3.1.

[14] Nella sentenza si legge: «Ancora una volta, quindi, è il contraddittorio – previsto espressamente dalla l. n. 146 del 1998, art. 10, come modificato dalla l. n. 301 del 2004, art. 1, comma 409, lett. b), e comunque già affermato come indefettibile, a prescindere dalla espressa previsione, dalla giurisprudenza, in ossequio al principio del giusto procedimento amministrativo (v. Cass. n. 17229 del 2006), e dalla prassi amministrativa – l'elemento determinante per adeguare alla concreta realtà economica del singolo contribuente l'ipotesi dello studio di settore».

[15] Ancor prima, con la sentenza n. 16412 del 25 luglio 2007, le Sezioni Unite, affermando la nullità dell'avviso di mora non preceduto dalla notifica della cartella, quale vizio procedimentale, hanno valorizzato «la *ratio* del nuovo processo tributario, che è ispirato alla tutela dei diritti del contribuente (e in particolare dell'inalienabile diritto di difesa), nel quadro di una assimilazione ai caratteri del processo civile, nonché con i principi "forti" che, alla luce l. n. 212 del 2000, caratterizzano l'attuale sistema tributario nella direzione di un "riequilibrio" delle posizioni delle parti in contraddittorio».

Ne deriva che «la pretesa tributaria trova legittimità nella formazione procedimentalizzata di una "decisione partecipata" mediante la promozione del contraddittorio (che sostanzia il principio di leale collaborazione) tra amministrazione e contribuente (anche) nella "fase precontenziosa" o endoprocedimentale", al cui ordinato ed efficace sviluppo è funzionale il rispetto dell'obbligo di comunicazione degli atti imponibili. Il diritto al contraddicono, ossia il diritto del destinatario del provvedimento ad essere sentito prima dell'emanazione di questo, realizza l'inalienabile diritto di difesa del cittadino, presidiato dall'art. 24 Cost., e il buon andamento dell'amministrazione, presidiato dall'art. 97 Cost.» (punto n. 15).

Il diritto di difesa del contribuente, da attivarsi in fase pre-contenziosa mediante la forma del "contraddittorio endoprocedimentale" ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente medesimo, «costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento cui dare attuazione anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa. Principio il cui rispetto è dovuto da parte dell'amministrazione indipendentemente dal fatto che ciò sia previsto espressamente da una norma positiva e la cui violazione determina la nullità dell'atto lesivo che sia stato adottato senza la preventiva comunicazione al destinatario» (punto n. 16)[16].

Lo snodo argomentativo può essere riassunto come segue.

Rilevano le Sezioni Unite che dal complesso del sistema emerge chiaramente che la pretesa tributaria trova legittimità nella formazione procedimentalizzata di una "decisione partecipata" mediante la promozione del contraddittorio (che sostanzia il principio di leale collaborazione) tra amministrazione e contribuente (anche) nella "fase precontenziosa" o endoprocedimentale, al cui ordinato ed efficace sviluppo è funzionale il rispetto dell'obbligo di comunicazione degli atti imponibili.

Il diritto al contraddittorio, ossia il diritto del destinatario del provvedimento ad essere sentito prima dell'emanazione di questo, realizza l'inalienabile diritto di difesa del cittadino, presidiato dall'art. 24 Cost., e il buon andamento dell'amministrazione, presidiato dall'art. 97 Cost.

In questa prospettiva, rilevano le Sezioni Unite, si è mossa la giurisprudenza della Corte. All'uopo richiama a titolo esemplificativo:

- la sentenza n. 16412 del 2007 delle Sezioni Unite, a proposito dell'avviso di mora non preceduto dalla notifica della cartella, la quale rileva che la mancata notificazione della cartella di pagamento comporta un vizio della sequenza procedimentale dettata dalla legge, che consente al contribuente di impugnare l'avviso, deducendone la nullità per omessa notifica dell'atto presupposto;

- la sentenza n. 26635 del 2009, sempre delle Sezioni Unite, in materia di accertamento mediante standard (o studi di settore), secondo la quale il contraddittorio endoprocedimentale) deve ritenersi un elemento essenziale e imprescindibile (anche in assenza di una espressa previsione normativa) del giusto procedimento che legittima l'azione amministrativa;

- la sentenza n. 18184 del 2013, ancora delle Sezioni Unite, con la quale è stato affermato che la l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, deve essere interpretato nel senso che l'inosservanza del termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento - termine decorrente dal rilascio al contribuente, nei cui confronti sia stato effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività, della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni – determina di per sé, salvo che ricorrano specifiche ragioni di urgenza, l'illegittimità dell'atto impositivo emesso *ante tempus*, poiché detto termine è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio (endo)procedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva;

- la sentenza n. 15311 del 2014 della Sezione Tributaria, in ordine alla previsione di cui d.P.R. n. 600/1973, art. 36-*ter*, comma 4 – che obbliga l'amministrazione a comunicare al contribuente l'esito del controllo formale con l'indicazione dei motivi che hanno dato luogo alla rettifica degli imponibili, delle imposte, delle ritenute alla fonte, dei contributi e dei premi dichiarate, per consentire anche la segnalazione di eventuali dati ed elementi non considerati o valutati erroneamente in sede di controllo formale entro i trenta giorni successivi al ricevimento della comunicazione - la quale afferma che dall'omessa comunicazione deriva la nullità della consequenziale cartella. E ciò in attuazione di un principio immanente nell'ordinamento e relativo alla garanzia connessa alla previsione della comunicazione quale momento di instaurazione del contraddittorio anteriore all'iscrizione a ruolo: condividendo le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite nella ricordata sentenza n. 18184 del 2013, la Sezione Tributaria afferma che la "sanzione" della invalidità dell'atto conclusivo del procedimento, pur non espressamente prevista, deriva ineludibilmente dal sistema ordinamentale, comunitario e nazionale, nella quale la norma opera e, in particolare, dal rilievo che il vizio

[16] Il principio richiamato, espresso nella sentenza n. 19667/2014, non risulta massimato. Le Sezioni Unite individuano nel dovuto rispetto del diritto di difesa del contribuente, mediante attivazione della forma del contraddittorio "endoprocedimentale" il fondamento dell'obbligo di comunicazione dell'iscrizione ipotecaria prevista dall'art. 77 del d.P.R. n. 602 del 1973, prima della sua esecuzione, in quanto atto destinato ad incidere in modo negativo sui diritti e gli interessi del contribuente.

del procedimento si traduce, nella specie, in una divergenza dal modello normativo ... di particolare gravità, in considerazione della rilevanza della funzione, di diretta derivazione da principi costituzionali, cui la norma stessa assolve ... e della forza impediente, rispetto al pieno svolgimento di tale funzione, che assume il fatto viziante.

Il rispetto dei diritti della difesa e del diritto che ne deriva, per ogni persona, di essere sentita prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi, costituisce, inoltre, un principio fondamentale del diritto dell'Unione, come afferma – ricordando la propria precedente sentenza del 18 dicembre 2008, in causa C-349/07 Sopropè – la Corte di Giustizia nella sua recentissima sentenza del 3 luglio 2014 in cause riunite C-129/13 e C-130/13, Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Wortdwide Logistics BV.

Il diritto al contraddittorio in qualsiasi procedimento afferma la Corte di Giustizia, è attualmente sancito non solo negli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che garantiscono il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale, bensì anche nell'art. 41 di quest'ultima, il quale garantisce il diritto ad una buona amministrazione. Il citato art. 41, par. 2 prevede che tale diritto a una buona amministrazione comporta, in particolare, il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo.

Conclude la Corte che in forza di tale principio, che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo, i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione, mediante una previa comunicazione del provvedimento che sarà adottato, con la fissazione di un termine per presentare eventuali difese od osservazioni. Tale obbligo, ad avviso della Corte, incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità.

Da notare che le Sezioni Unite nulla dicono a proposito dei limiti che il contraddittorio endoprocedimentale ha nell'ordinamento comunitario. Risulta in tal modo non seguita dalla Suprema Corte l'equivoca indicazione della Corte di Giustizia, secondo cui il giudice nazionale "può" tenere conto della mancanza del contraddittorio, ai fini dell'annullamento dell'atto impositivo, solo se ritiene che, in mancanza di tale irregolarità, il risultato sarebbe stato diverso.

2.2.4. L'ordinanza interlocutoria n. 527/2015

Ricostruito da Cass. n. 527/2015 lo stato della giurisprudenza di legittimità come innanzi esposto, la stessa Corte evidenzia che quello che appare un indirizzo interpretativo restrittivo consolidato non è in sintonia con altre pronunce di legittimità in materia tributaria, che riconoscono la "*vis espansiva*" delle garanzie previste dall'art. 12 della l. n. 212/2000: in tema di verifica fiscale condotta a mezzo di indagini bancarie (sentenza n. 2594/14[17], che ha accolto il ricorso del contribuente per mancato rispetto del termine dilatorio di sessanta giorni); per i casi di accertamento standardizzato mediante parametri e studi di settore (sez. 5, sentenza n. 7960 del 04 aprile 2014, Rv. 629967, secondo cui il rispetto del contraddittorio endoprocedimentale è garantito dall'obbligo di interlocuzione con il contribuente)[18]; in tema di accertamento di condotte elusive del contribuente (sez. 5, sentenza n. 406 del 14.01.2015, in cui si afferma che «anche nel caso in cui l'Ufficio finanziario intenda contestare fattispecie elusive, indipendentemente dalla riconducibilità o meno delle stesse alle ipotesi contemplate dall'art. 37-*bis* comma 3 d.P.R. n. 600/73, è tenuto a richiedere preventivamente chiarimenti al contribuente e ad osservare il termine dilatorio di gg. 60, prima di emettere l'atto accertativo che dovrà essere specificamente motivato anche in ordine alle osservazioni, chiarimenti, giustificazioni, eventualmente fornite dal contribuente: risultando inficiato dal vizio di nullità l'atto impositivo emesso in difformità da detto modello procedimentale»).

Nella pronuncia da ultimo richiamata, che prelude alla successiva decisione di rimettere gli atti alle Sezioni Unite, la Sesta Sezione – T della Corte opera una riconduzione ad unità sistematica, in materia tributaria, del principio di contraddittorio anticipato, espresso dall'art. 37-*bis*, comma 4, del d.P.R. n. 600 del 1973 in tema di imposte dirette e dall'art. 12, comma 7 della l. n. 212/2000, alla stregua dei riferimenti tratti dalla giurisprudenza eurounitaria, che riconosce, quale principio generale di diritto comunitario, il rispetto dei diritti di difesa ogniqualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti del soggetto un atto per esso lesivo (Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, causa C-349107, Sopropè; id. 22 ottobre 2013, causa C276/12 Sabou) e impone che i destinatari di deci-

[17] Sez. 5, sentenza n. 2594 del 5 febbraio 2014, in cui, richiamando il principio espresso da sez. un., sentenza n. 18184 del 2013, si è ritenuto che la violazione del termine dilatorio realizza un modello procedimentale difforme da quello legale e, in assenza d'un'espressa previsione di nullità, «spetta all'interprete il compito di delineare l'oggetto e i confini di una ipotesi di invalidità introdotta in via ermeneutica».

[18] Sez. 5, sentenza n. 7960 del 04 aprile 2014 (Rv. 629967), secondo cui il termine previsto dall'art. 12, comma 7, della legge 27 luglio 2000, n. 212, non è applicabile ai casi di accertamento mediante studi di settore, essendo già prevista, a pena di nullità, una fase necessaria di contraddittorio procedimentale.

sioni incidenti sensibilmente sui propri interessi siano messi in condizione di manifestare il proprio punto di vista in merito agli elementi raccolti dall'Amministrazione (Corte di Giustizia 24 ottobre 1996, causa C-32/95 P, Lisrestal; id. 21 settembre 2000, causa C-462/98 P, Mediocurso; id. 12 dicembre 2002, causa C-395/00, Cipriani; id. Sopropè, cit.; id. Sabou, cit.).

Inoltre, si osserva che l'orientamento restrittivo presenta distonie anche con l'elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite che, fin dalla citata sentenza n. 26635/09, in materia di studi di settore, hanno affermato l'esistenza di un principio generale dell'ordinamento per il quale, anche in campo tributario, il contraddittorio endoprocedimentale deve ritenersi, pur in assenza di una espressa previsione normativa, un elemento essenziale e imprescindibile del "giusto procedimento", che legittima l'azione amministrativa. Tale principio è stato, poi, ribadito con sentenza n. 18184 del 29 luglio 2013, che proprio su tale base ha statuito l'illegittimità dell'atto impositivo emesso a seguito di accesso pressi i locali del contribuente senza il rispetto del termine dilatorio di cui al settimo comma dell'articolo 12 della l. n. 212/2000.

Da ultimo, con la sentenza n. 19667/2014, in cui, nell'affermare che l'atto di iscrizione ipotecaria prevista dal d.P.R. n. 602/1973, art. 77, in quanto destinato ad incidere in modo negativo sui diritti e gli interessi del contribuente, deve essere a quest'ultimo comunicato prima di essere posto in esecuzione, si individua quale fondamento di tale dovere di comunicazione (non, come prospettato dalla Sezione remittente, il disposto dell'articolo 50, comma 2, d.P.R. n. 602/1973, bensì) il «dovuto rispetto del diritto di difesa mediante l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale, che costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento cui dare attuazione anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa».

Ancorché l'affermazione del principio sia ancorata ad una decisione su una fattispecie specifica, ossia l'esistenza di un obbligo di previa comunicazione dell'iscrizione ipotecaria, non può non rilevarsi la portata generale dei termini in cui il principio è stato formulato.

Peraltro, le Sezioni Unite individuano il fondamento della l. n. 212/2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente), in campo tributario, nei principi di partecipazione all'azione amministrativa dettati dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, di cui costituisce espressione, direttamente discendenti dall'articolo 97 Cost., e nel diritto dell'Unione Europea.

Il principio enunciato dalle Sezioni Unite pone, dunque, a parere della Sezione rimettente, un evidente problema di armonizzazione con l'orientamento giurisprudenziale (sostanzialmente uniforme, salvo la sentenza n. 2594 del 2014 in materia di avviso emesso all'esito di indagini bancarie) secondo il quale il disposto dell'art. 12, comma 7, della l. n. 212/2000 non trova applicazione agli accertamenti c.d. "a tavolino". Di qui la necessità di una precisazione da parte delle Sezioni Unite dei "limiti di applicazione" dell'affermazione di principio contenuta nella sentenza n. 19667 del 2014, secondo cui, in materia tributaria sussiste per l'Amministrazione un obbligo di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, a pena di nullità dell'atto, ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente medesimo, «indipendentemente dal fatto che ciò sia previsto espressamente da una norma positiva» e delle modalità secondo le quali tale obbligo si realizzi nei casi in cui non sia previsto da una specifica disposizione normativa.

Nell'ordinanza di rimessione si suggerisce una possibile chiave di lettura della affermazione contenuta nella sentenza n. 19667/2014, evidenziando le perplessità circa la reale portata applicativa generale del principio richiamato,

– per l'assenza di una norma espressa che sancisca, in via generale, in materia tributaria, quale espressione del "giusto procedimento" l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale – in realtà previsto da singole disposizioni normative con riferimento a specifici procedimenti[19] – stante il dettato preclusivo dell'art. 13, comma 2, della legge n. 241 del 1990, che esclude l'applicazione delle norme sulla partecipazione contenute nel capo terzo della legge ai procedimenti tributari[20];
– per il «principio di legalità dell'azione amministrativa, che conduce a considerare il potere pubblico esclusivamente in termini di esercizio tipico e formale»[21].

[19] Oltre all'articolo 12, comma 7, 1. n. 212/000, relativo agli avvisi conseguenti a verifiche effettuate presso i locali del contribuente, a titolo esemplificativo, si indicano: l'articolo 36-*bis*, comma 3, del d.P.R. n. 600/1973; l'articolo 36-*ter*, comma 4, del d.P.R. n. 600/1973; l'articolo 6, comma 5, della l. n. 212/2000; l'articolo 38, comma 7, del d.P.R. n. 600/1973; l'articolo 37-*bis*, comma 4, del d.P.R. n. 600/1973; l'articolo 10, comma 3-*bis*, della l. n. 146/1998; l'articolo 110, comma, 11, della l. 22 dicembre 1986 n. 917 (TUIR); l'articolo 11, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 374/1990.

[20] In particolare, si evidenzia, quale argomento contrario all'assunto dell'esistenza nell'ordinamento di un principio generale per il quale, anche in assenza di una specifica disposizione, l'Amministrazione sarebbe tenuta ad attivare il contraddittorio endoprocedimentale ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente, che la legge 11.3.2014 n. 23, di delega al Governo per la riforma fiscale, inserisce tra i principi e criteri direttivi della delega la «previsione di forme di contraddittorio propedeutiche alla adozione degli atti di accertamento dei tributi» (articolo 1, primo comma, lettera "b"), nonché il rafforzamento del «contraddittorio nella fase di indagine e la subordinazione dei successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale» (articolo 9, primo comma, lettera "b"); così dimostrando, *a contrariis*, che, allo stato attuale della legislazione, non sussiste nell'ordinamento un principio generale di tutela necessaria generale del contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria.

[21] Cfr. sez. un., sentenza n. 4648 del 26 febbraio 2010.

A parere del Collegio, il principio affermato non può trovare diretto fondamento negli art. 24 e 97 Cost., pur se, da un lato, il confronto preventivo tra l'Amministrazione e il contribuente assicura il migliore esercizio della potestà impositiva ed ha una evidente ricaduta in termini di efficacia dell'azione dell'ente impositore, anche in termini di deflazione del contenzioso[22], dall'altro, il contraddittorio procedimentale consente di anticipare l'esposizione delle ragioni difensive del contribuente e rende più effettiva la tutela giudiziale[23] perché funzionale all'attuazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia non offre elementi risolutivi al fine di supportare l'affermazione di un principio generale dell'obbligo di attivazione del contraddittorio endoprocedimentale nella materia tributaria ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente.

Il rispetto del contraddittorio costituisce principio generale dell'ordinamento europeo, normativamente fondato sugli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che garantiscono il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale, e sull'art. 41 della stessa Carta, che sancisce il diritto ad una buona amministrazione[24]. Nondimeno, il diritto dell'Unione Europea non è direttamente applicabile in materia di procedimenti tributari relativi a tributi non armonizzati[25] e, secondo i principi di diritto fissati dalla Corte di Giustizia[26], il mancato rispetto del contraddittorio procedimentale si traduce in un annullamento dell'atto emanato all'esito del procedimento viziato solo se si dimostri che, all'esito del contraddittorio, il risultato del procedimento sarebbe stato diverso[27].

Di qui, la necessità di investire le Sezioni Unite della "*questione se l'affermazione contenuta nella sentenza n. 19667/14 – secondo cui, nella materia tributaria, ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente, l'Amministrazione sarebbe tenuta ad attivare, a pena di invalidità dell'atto, il contraddittorio endoprocedimentale "indipendentemente dal fatto che ciò sia previsto espressamente da una nonna positiva" – trovi fondamento nell'ordinamento nazionale o esclusivamente nel diritto dell'Unione Europea e, in questo caso, quale ne sia la portata applicativa.*"

Dall'affermazione del principio del principio generale dell'obbligo per l'Amministrazione finanziaria di attivare il contraddittorio endoprocedimentale discende l'ulteriore "*questione dell'individuazione delle concrete modalità di esplicazione del contraddittorio, e degli effetti della eventuale inosservanza di tali modalità, in tutti quei procedimenti tributari nei quali la legge non preveda espressamente alcun meccanismo di contraddittorio endoprocedimentale, tra cui, per quanto qui interessa, le verifiche c.d. "a tavolino".*"

Nell'ordinanza n. 527/2015 si evidenzia che nei procedimenti di verifica c.d. "a tavolino", in assenza di una norma che statuisca il dovere dell'Ufficio di non emettere l'atto impositivo prima del decorso di un termine dilatorio dalla consegna del verbale di constatazione delle violazioni[28], l'opzione ermeneutica più lineare per garantire il contraddittorio processuale – nei termini delineati dalla richiamata sentenza sez. un. n. 19668/14 – sia quella di applicare "in via analogica"[29]

[22] Cfr. sez. un., sentenza n. 18184 del 2013.

[23] L'istruttoria fiscale è la sede nella quale l'Amministrazione raccoglie elementi di valutazione, anche di natura meramente indiziaria, come, ad esempio, le dichiarazioni di persone informate dei fatti, idonee a determinare l'esito del giudizio (*cfr.* sez. 5, sentenza n. 8369 del 05 aprile 2013).

[24] Il diritto al contraddittorio, secondo la Corte di Giustizia (cfr. sentenza 18 dicembre 2008, in causa C-349/07 Sopropè; sentenza 3 luglio 2014, in causa C-129/13 Kamino International Logistics), comporta che ogni individuo debba essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo (non però, come sopra si è visto, prima che l'Amministrazione proceda ad attività istruttorie, sentenza 22 ottobre 2013, in causa C-276/12 Jirì Sabou) e quindi postula la necessità che il contribuente sia messo al corrente delle contestazioni che l'Amministrazione finanziaria intende muovere nei suoi confronti, per poter manifestare utilmente il proprio punto di vista.

[25] Al riguardo il Collegio ha ritenuto ragionevole applicare anche ai procedimenti relativi a tributi non armonizzati i principi giuridici sul contraddittorio procedimentale di matrice eurounitaria, ma dubita della possibilità che il diritto eurounitario possa essere chiamato a svolgere, nella materia dei tributi non armonizzati, una funzione direttamente regolatrice e non meramente orientativa dell'interpretazione del dritto interno.

[26] Cfr. la sentenza sul caso Kamino International Logistics, cit., nella quale si afferma che «*l'obbligo che incombe al giudice nazionale di garantire pienamente l'effetto del diritto dell'Unione non comporta la conseguenza d'imporre che una decisione impugnata, poiché adottata in violazione dei diritti della difesa, segnatamente del diritto di essere sentiti, sia annullata nella totalità dei casi.*» (punto 78); «*Difatti, secondo il diritto dell'Unione, una violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere sentiti, determina l'annullamento del provvedimento adottato al termine del procedimento amministrativo di cui trattasi soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso*» (punto 79).

[27] L'orientamento della Corte di Giustizia è, in ogni caso, in contrasto con l'approdo cui giungono le Sezioni Unite nella sentenza 19668/14, in cui si afferma che la violazione del diritto al contraddittorio implica l'invalidità dell'atto emanato all'esito del procedimento viziato indipendentemente da qualunque verifica della circostanza che, se il contribuente avesse potuto esercitare il proprio diritto di difesa nell'ambito del procedimento, quest'ultimo avrebbe potuto portare ad un risultato diverso.

[28] Per il Collegio, di contro, l'obbligo di emettere un verbale di chiusura delle operazioni di verifica fiscale può individuarsi nell'articolo 24 della legge n. 4 del 1929, il quale recita «Le violazioni delle norme contenute nelle leggi finanziarie sono constatate mediante processo verbale».

[29] Il Collegio esclude l'ipotesi di una interpretazione estensiva dell'articolo 12, comma 7, l. n. 212/2000, che presupporrebbe una inammissibile *interpretatio abrogans* delle parole: «nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali ... etc» contenute nel primo comma dello stesso articolo.

il disposto dell'articolo 12, comma 7, l. n. 212/2000, così da equipararle, quanto a garanzia del contraddittorio endoprocessuale, alle verifiche svolte presso i locali del contribuente. La soluzione prospettata, oltre ad essere in linea col principio enunciato nella sentenza n. 19668/14, consentirebbe di trasferire la *ratio* della garanzia del contraddittorio prevista dall'art. 12, comma 7, dall'ambito del potere di indagine (e dell'esercizio di tale potere mediante accessi) all'ambito del potere di accertamento del tributo (e del risultato dell'esercizio di tale potere, ossia la conseguente pretesa erariale).

Sulla base dell'opzione ermeneutica proposta, il Collegio rimette alle Sezione Unite l'ulteriore quesito relativo alle conseguenze della violazione del diritto al contraddittorio endoprocedimentale e, nella specie, dell'obbligo per l'Ufficio di rispettare il termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento, decorrente dalla consegna del verbale contente la contestazione delle violazioni accertate. Se, per effetto dell'estensione in via analogica alle verifiche "a tavolino" della disciplina di cui all'art. 12, comma 7, per tali ipotesi «si applichino i principi fissati nella sentenza n. 18184/13 – e quindi l'atto emanato senza essere stato preceduto dalla consegna di un verbale di contestazione, o prima dello spirare del termine di sessanta giorni dalla data di tale consegna, debba essere in ogni caso giudicato invalido (salvo il caso di urgenza di cui all'ultima parte del suddetto comma 7) – o se invece, in applicazione dei principi sul contraddittorio procedimentale di matrice eurounitaria, l'atto emanato in violazione del diritto del contribuente al contraddittorio debba essere giudicato invalido soltanto se, in mancanza di tale violazione, il procedimento avrebbe potuto avere un esito diverso».

Elementi a favore di tale soluzione sono l'effetto di uniformare la disciplina del contraddittorio procedimentale nel campo delle verifiche "a tavolino" ai principi di diritto eurounitario e di operare un bilanciamento più adeguato tra la tutela del diritto di difesa ed il principio che impone l'adempimento delle obbligazioni tributarie *ex* art. 53 Cost., che si ispira ad una concezione del contraddittorio sostanzialistica e non formalistica[30].

A sfavore, vi è la irragionevole differenza della sanzione della invalidità dell'avviso di accertamento tra le ipotesi di verifiche "a tavolino" e quelle svolte con accesso presso i locali del contribuente (per le quali la nullità dell'atto prescinde testualmente da qualunque "prova di resistenza" relativa alle difese che il contribuente avrebbe potuto esercitare[31]), pur se ricollegate alla violazione della medesima disciplina di garanzia, nonché l'incertezza del criterio di giudizio sulla validità dell'atto emesso in violazione del contraddittorio[32], che opera in ragione della dicotomia tra ragioni meramente pretestuose e ragioni serie, ancorché in concreto inidonee a respingere la pretesa erariale[33].

3. La soluzione delle Sezioni Unite 24823/2015

Le Sezioni Unite premettono che è stato univocamente ritenuto che l'ambito di applicazione della l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, è circoscritto, secondo testuale indicazione, agli accertamenti conseguenti ad "accessi", "ispezioni" e "verifiche" fiscali nei locali del contribuente e che l'ordinamento tributario non offre spunti positivi di sorta per postulare l'esistenza di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale (in tal senso si rinvengono: in termini generali, Cass. 26316/10, che rileva come, anche dopo l'entrata in vigore dello Statuto del contribuente, non sia possibile ritenere esistente un principio generale di contraddittorio in ordine alla formazione della pretesa fiscale; con specifico riferimento alla previsione della l. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7, (e con riguardo ad accertamenti relativi ai più svariati tipi di imposta: irpef, ilor, irap, iva, accise), Cass. 21391/14, 15583/14, 13588/14, 7598/14, 25515/13, 2360/13, 446/13 16354/12; con riguardo all'avviso bonario previsto, dall'art. 6, comma 5, della predetta legge, in relazione alle cartelle d.P.R. n. 600/1973 , *ex* art. 36-*bis*: Cass. 12023/15, 8342/12, 7536/11, 795/11).

Unica decisione dissonante si rivela Cass. 2594/14, l'analisi della cui motivazione insinua, tuttavia, il dubbio di un qualche fraintendimento in merito alla specifica accezione dei termini "accessi" e "verifiche", presa in considerazione dalla disposizione in rassegna.

[30] In proposito, si richiama l'ordinanza interlocutoria n. 24739 del 5 novembre 2013, con cui la Sezione tributaria della Corte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., dell'articolo 37-*bis*, comma 4, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, dubitando della legittimità della disposizione che sanziona con la invalidità dell'atto impositivo il mancato rispetto del contraddittorio nel procedimento relativo alla ripresa antielusiva.

[31] Ma in virtù del principio di interpretazione conforme, anche nel caso di verifica con accesso *in loco* la nullità dell'accertamento dovrebbe poter essere dichiarata solo a condizione che siano state dedotte ragioni non pretestuose che avrebbero potuto condurre ad un diverso risultato.

[32] Secondo l'impostazione della Corte di Giustizia (cfr. sentenza 3 luglio 2014, in causa C-129/13 Kamino International Logistics) il contribuente può ottenere l'annullamento di un atto impositivo per vizio procedimentale di violazione del contraddittorio solo se nella relativa impugnativa indichi le ragioni che avrebbe dedotto se gli fosse stato dato modo di difendersi in sede procedimentale, sempre che tali ragioni non fossero meramente pretestuose.

[33] Il Collegio afferma che, «come evidenziato dalla dottrina che si è di recente occupata del tema, per ottenere l'annullamento dell'atto impositivo per vizio procedimentale di violazione del contraddittorio il contribuente dovrebbe dimostrare non che le allegazioni che egli avrebbe proposto nel contraddittorio procedimentale erano sufficienti per escludere la ripresa fiscale, ma solo che esse erano ragionevoli e meritevoli di considerazione, anche nella prospettiva dell'apertura di temi istruttori non sviluppati dall'Amministrazione».

3.1. Le (pretese) distonie

La sentenza sez. U, n. 24823/2015, diversamente da quanto ipotizzato dalla cassazione con l'ordinanza interlocutoria, evidenzia che, anteriormente alla pronunzia delle decisioni sez. U, n. 19667/2014 e sez. U, n. 19668/2014, non vi è stata alcuna altra pronuncia anche soltanto vagamente distonica rispetto alla interpretazione sopra riportata circa l'ambito applicativo delle garanzie previste dall'art. 12 della l. n. 212/2000. Tale, in particolare, non può considerarsi, la pronuncia sez. U, n. 18184/2013, né la precedente Sez. U, n. 26635/2009,

Quanto a quest'ultima, osserva, infatti, che all'affermazione della necessità di siffatto contraddittorio in relazione ai c.d. "accertamenti standardizzati" (quelli, cioè, fondati sui "parametri" di cui alla l. n. 549 del 1995, art. 3, comma 181 e ss., o sugli "studi di settore"), l'indicata decisione perviene invero, non sul presupposto della vigenza nell'ordinamento di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale, bensì in considerazione delle specifiche caratteristiche ontologiche e normative di detti accertamenti.

A parte Cass. 2594/14, osservano le Sezioni Unite che la prima significativa distonia rispetto al pressoché univoco orientamento sopra evidenziato sul tema del contraddittorio endoprocedimentale è, dunque, costituita proprio dalle sentenze Cass., sez. un., 19667/14 e 19668/14, i cui contenuti motivazionali, sembrano effettivamente tendere, così come rilevato dall'ordinanza interlocutoria, al riconoscimento di una generalizzata espansione di detta garanzia, quale espressione di principio immanente all'ordinamento nazionale ed a quello Europeo.

Ciononostante, la particolare specificità della questione devoluta alle pronunzie in rassegna e gli sviluppi argomentativi su di essa più propriamente incentrati (cfr. il punto 13 delle sentenze), pure puntualmente riscontrati dall'ordinanza di rimessione, inducono a ritenere che il suddetto riconoscimento resti fuori dall'ambito del principio di diritto propriamente enucleabile dalle pronunzie medesime, in quanto strettamente riferibile al relativo concreto *decisum*.

Invero le decisioni 19667/14 e 19668/14 hanno affrontato il tema del contraddittorio con specifico riguardo alle iscrizioni ipotecarie d.P.R. n. 602 del 1973, *ex* art. 77, (in riferimento al regime antecedente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 600 del 1973, *art.* 77, comma 2-*bis*, introdotto con d.l. n. 70 del 2011 , convertito in l. n. 106/2011). E, pertanto, in relazione ad atti, per i quali (a differenza di quanto avviene per gli avvisi di accertamento, pur se adottati "a tavolino"), la comunicazione all'interessato non è normativamente prescritta in termini espliciti nemmeno dopo l'adozione, e per i quali il tema dell'assenza di contraddittorio si pone quindi (in rapporto alla disciplina applicabile *ratione temporis*), non solo, e non tanto, nell'ambito (endoprocedimentale) dell'iter amministrativo di formazione, quanto, e soprattutto, nella fase (postprocedimentale) successiva al perfezionamento dell'atto ed esposta alle conseguenze della relativa efficacia.

D'altro canto, è proprio questa precipua caratteristica degli atti considerati – quella, cioè, di essere atti impugnabili (davanti al giudice tributario: v. d.lgs. n. 546/1992, art. 19, comma 1, lett. e *bis*, e art. 21), e, pur tuttavia, suscettibili non solo di esser posti in essere, ma, altresì e soprattutto, di produrre effetti pregiudizievoli per il destinatario anche *inscienta domino* – ad essere (correttamente) stigmatizzata dalle sentenze gemelle (*cfr.* il citato punto 13), per indebita compressione della stessa garanzia della difesa giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., e ad indurle a porvi rimedio mediante omologazione della disciplina pregressa a quella sopravvenuta (v. il d.P.R. n. 600 del 1973, art. 77, comma 2-*bis*, introdotto con d.l. 70/2011 , convertito in l. n. 106 del 2011, cit.).

3.2. La giurisprudenza successiva a Cass., sez. un. 19667/2014 e 19668/2014

Successivamente alle pronunzie sopra analizzate, Cass. 25759/14 e Cass. 406/15 hanno affermato che, in tema di imposte dirette (regolate dal solo diritto nazionale), l'obbligo del contraddittorio, sancito per gli accertamenti fondati su ipotesi di abuso di diritto ivi nominativamente contemplate dal quarto comma del d.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-*bis*, (poi abrogato e sostituito dalla l. n. 212 del 2000, art. 10-*bis*, ad opera del d.lgs. n. 128 del 2015), deve ritenersi operante anche in relazione agli accertamenti basati su fattispecie atipiche di abuso di diritto.

In applicazione dei principi costituzionali (segnatamente, di quello di cui all'art. 3 Cost.) e considerata l'esigenza che l'interpretazione del diritto nazionale sia per quanto possibile conforme ai principi dell'ordinamento Europeo, a tale conclusione le citate decisioni sono pervenute in base al rilievo che le indicate ipotesi di abuso di diritto non si distinguono morfologicamente dai corrispondenti abusi di diritto di natura comunitaria, sicché un diverso trattamento in tema di contraddittorio risulterebbe razionalmente intollerabile[34].

[34] Da notare come Cass. 406/2015, diversamente da Cass. sez, un. n. 24823/2015, riconosca «La forza espansiva esterna propria dell'ordinamento comunitario e dei suoi principi generali, impone ai Giudici degli Stati membri di fornire una interpretazione della legislazione nazionale conforme agli scopi del Trattato (TFUE) al fine di assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione Europea (cfr. Corte di Giustizia 28.6.2012, causa C-7/11, Caronna), come in modo assolutamente perentorio, ancora da ultimo, è stato ribadito dalla Corte di Giustizia nella sentenza in data 10 ottobre 2013, causa C-306/12, Spedition Welter GmbH contro Avanssur SA che si trascrive di seguito "....28. In proposito occorre ricordare che la questione se una disposizione nazionale, ove sia contraria al diritto dell'Unione, debba essere disapplicata, si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione (sentenza del 24 gennaio 2012, Dominguez, C-282/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto

Tanto, peraltro, è avvenuto in merito ad accertamenti conseguenti a verifiche ispettive svolte presso la sede della società contribuente (*cfr.* p. 10 3.4 della sentenza 406/15 e p. 16 3.8 della sentenza 25759/14) e quindi, comunque, a pieno titolo, rientranti nella previsione di cui all'art. 12, comma 7, 1. n. 212/2000 (disponente obbligo di contraddittorio secondo modalità sostanzialmente sovrapponìbili, in particolare dopo Cass., ss.uu., 18184/13, a quelle di cui al d.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-*bis*).

Altre decisioni (Cass. 16036/15, 6232/15, 5632/15, 992/15, 961/15), intervenute su controversie aventi ad oggetto iva e, dunque, tributo "armonizzato", hanno ritenuto, in tale ambito, operante la garanzia del contraddittorio endoprocedimentale, quale principio immanente nell'ordinamento Europeo, ma nell'accezione sostanzialisticamente restrittiva, di cui alla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia.

3.2.1. Corte costituzionale n. 132/2015

Con l'ordinanza n. 24739/2013 la Sezione Tributaria della Corte di Cassazione ha sollevato *ex officio* la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37-*bis*, comma 4, d.P.R. n. 600/1973, laddove si sanziona con la nullità l'avviso di accertamento antielusivo che non sia stato preceduto dalla richiesta di chiarimenti nelle forme e nei tempi ivi prescritti.

Secondo la Corte remittente, la nullità stabilita dal comma 4 sarebbe "distonica rispetto al "diritto vivente" e creatrice di irragionevoli disparità di trattamento. Nota, infatti, la Corte che nell'interpretazione del giudice di legittimità è costante l'affermazione secondo cui nel nostro ordinamento esiste un principio generale, ricavabile dalla Costituzione, precisamente dall'art. 53 della stessa, che vieta di conseguire indebiti vantaggi fiscali abusando del diritto (Cass. sez. un. n. 15029 del 2009; Cass., sez. un., n. 30057 del 2008; Cass. sez. trib. n. 10807 del 2012; Cass., sez. trib., n. 22932 del 2005; Cass., sez. trib., n. 20398 del 2005). La fattispecie antielusiva di cui al d.P.R. n. 600/1973, art. 37-*bis* si presenterebbe, perciò, inevitabilmente, come speciale rispetto a quella più generale del cosiddetto abuso del diritto (Cass., sez. trib., n. 12042 del 2009). Tuttavia prosegue la Corte, irrazionalmente, soltanto per la ripresa antielusiva ai sensi dell'art. 37-*bis* cit. la legge dispone che le forme del preventivo contraddittorio debbano esser seguite a pena di nullità. Ed infatti, nell'interpretazione della giurisprudenza, il giudice deve, anche d'ufficio, quando ritenga sussistenti gli elementi della fattispecie abusiva, far applicazione della ripresa antielusiva (Cass., sez. un., n. 30057 del 2008; Cass., sez. un., n. 30055 del 2008; Cass., sez. trib., n. 7393 del 2012; Cass., sez. trib., n. 22932 del 2005; Cass., sez. trib., n. 20398 del 2005). Ciò che, ovviamente, implica l'impossibilità di ogni preventivo contraddittorio. Cosicché, a questo punto, la nullità per irregolarità delle forme di che trattasi risulta irragionevolmente stabilita solo nella residuale ipotesi antielusiva di cui all'art. 37-*bis* cit. Rileva, inoltre, la Corte remittente che, facendo l'art. 37-*bis* dipendere la nullità dell'avviso di accertamento da un mero vizio di forma del contraddittorio, la norma violerebbe l'art. 53 Cost., che impone a tutti l'adempimento delle obbligazioni tributarie.

Con riguardo alla censura che qui interessa, e quindi alla prospettata violazione del principio di eguaglianza, nei termini prospettati dal giudice *a quo*, osserva la Corte Costituzionale che, «non solo l'ordinanza di rimessione non offre alcuna particolare motivazione sul punto, limitandosi ad affermare che per le fattispecie elusive non disciplinate dall'art. 37-*bis* non operano regole analoghe, ma l'ipotesi dalla quale muove è contraddetta dalla stessa giurisprudenza di legittimità – sia pure formatasi in epoca successiva all'ordinanza di rimessione – secondo la quale l'amministrazione finanziaria che intenda contestare fattispecie elusive, anche se non riconducibili alle ipotesi contemplate dall'art. 37-*bis* del d.P.R. n. 600 del 1973, è tenuta, a pena di nullità dell'atto impositivo, a richiedere chiarimenti al contribuente e a osservare il termine dilatorio di sessanta giorni, prima di emettere l'avviso di accertamento, il quale dovrà essere specificamente motivato anche con riguardo alle osservazioni, ai chiarimenti e alle giustificazioni, eventualmente forniti dal contribuente (Corte di cassazione, quinta sezione civile, sentenze 14 gennaio 2015, n. 406 e 5 dicembre 2014, n. 25759).

Questa conclusione si collega idealmente, rappresentandone l'evoluzione, a precedenti decisioni delle sezioni unite della Corte di cassazione, con le quali è stato riconosciuto, nella fattispecie di cui al richiamato art. 12, comma 7, della legge n. 212 del 2000, che l'inosservanza da parte dell'amministrazione del termine dilatorio di sessanta giorni dal rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni, posto a garanzia del diritto di difesa del contribuente, determina la nullità dell'atto di accertamento emesso *ante tempus* anche in mancanza di un'espressa comminatoria, salvo che non ricorrano specifiche ragioni di urgenza, le quali devono essere adeguatamente motivate (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 29 luglio

23)….. Tale obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale è infatti inerente al sistema del Trattato FUE, in quanto consente ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte (v., in particolare, sentenze del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, Racc. pag. 1- 8835, punto 114 e Dominguez, cit., punto 24…. Il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, alfine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima (v., in tal senso, sentenze Dominguez, cit., punto 27 e del 5 settembre 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11».

2013, n. 18184), ed è stato riconosciuto, altresì, in materia di iscrizione ipotecaria prevista dall'art. 77 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito), che l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento, operante anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa, a pena di nullità dell'atto finale del procedimento, per violazione del diritto di partecipazione dell'interessato al procedimento stesso (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 18 settembre 2014, n. 19667). Talune incertezze che permangono, nella giurisprudenza di legittimità, intorno ai limiti e, soprattutto, alle modalità di applicazione di questi principi, specie nei casi diversi da quelli contemplati dall'art. 12, comma 7, della legge n. 212 del 2000, costituiscono oscillazioni interpretative che non toccano direttamente la portata applicativa della norma censurata.

Il quadro composito così delineato chiarisce che il principio generale antielusivo, assunto dalla rimettente a *tertium comparationis*, non impedisce affatto, con riguardo alle fattispecie non riconducibili all'art. 37-*bis* del d.P.R. n. 600 del 1973, che debba essere instaurato il previo contraddittorio fra l'amministrazione finanziaria e il contribuente, né esclude che il vizio del contraddittorio conseguente alla violazione del termine produca la nullità dell'atto impositivo».

Conclude la Corte Costituzionale nel senso dell'infondatezza della questione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 37-*bis*, comma 3, del d.P.R. n. 600/1973, prospettata in relazione al fatto che, in tema di imposte dirette, la norma, esplicitamente imponendo il contraddittorio endoprocedimentale quale condizione di legittimità dei soli accertamenti fondati su ipotesi tipizzate, sembra determinare un ingiustificato deteriore trattamento di questi rispetto agli accertamenti basati su ipotesi innominate di abuso di diritto.

Nel citare la sentenza n. 132/2015, le Sezioni Unite escludono che la Corte Costituzionale abbia preso una esplicita posizione sul tema dell'esistenza di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale, pur dando atto che «la sussistenza di un orientamento non isolato della stessa Corte di cassazione, che tende a riconoscere forza espansiva alla regola contenuta nella norma denunciata, non consente di ritenere esistente un diritto vivente in base al quale gli atti impositivi adottati in applicazione della clausola generale antielusiva si debbano considerare validi anche se emessi in violazione della regola contenuta nella stessa norma».

In effetti, la Corte Costituzionale, nel citare un orientamento della cassazione (per lo più successivo all'ordinanza di remissione) secondo il quale esiste nel nostro ordinamento una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale nell'accertamento tributario, esclude l'esistenza di un diritto vivente nel senso che è valido l'atto impositivo assunto senza la previa attivazione del contraddittorio. Con ciò, quindi, la Corte Costituzionale – nel giudicare infondata la q.l.c. – non dice che esiste nel nostro ordinamento un principio generale di contraddittorio endoprocedimentale[35], ma si limita a dare atto dell'esistenza di contrapposti orientamenti che non consentono di dire esistente un diritto vivente in un senso o nell'altro. Sembra, comunque, pienamente legittimare la ricostruzione operata da Cass. sez. un. n. 19667/2014 in tema di emersione di un principio generale di tutela del contraddittorio endoprocedimentale in ambito tributario.

Da notare anche che la Corte Costituzionale nulla dice a proposito dei limiti che il contraddittorio endoprocedimentale ha nell'ordinamento comunitario, così obliterandosi nella fase della "nazionalizzazione" l'altro principio fondamentale sovranazionale, secondo cui la lesione del contraddittorio endoprocedimentale non produce *ex sé* nullità se non vi è prova che il rispetto del canone procedurale avrebbe prodotto un risultato differente.

3.3. L'insussistenza di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale in campo tributario

3.3.1. L'interpretazione dell'art. 12, comma 7

Rilevano le Sezioni Unite che la previsione della l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, non è fonte di un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale a carico dell'Amministrazione fiscale; e, dunque, dell'obbligo dell'Amministrazione medesima, ogni qual volta si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente e pur in assenza di specifica norma positiva che per quel provvedimento lo sancisca, di attivare con l'interessato contraddittorio preventivo, pena l'invalidità dell'atto.

Emerge infatti, viceversa, che le garanzie fissate nella l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, trovano applicazione esclusivamente in relazione agli accertamenti conseguenti ad accessi, ispezioni e verifiche fiscali effettuate nei locali ove si esercita l'attività imprenditoriale o professionale del contribuente; ciò, peraltro, indipendentemente dal fatto che l'operazione abbia o non comportato constatazione di violazioni fiscali (*cfr.*: Cass. 15010/14, 9424/14, 5374/14, 2593/14, 20770/13, 10381/11).

Nel senso indicato militano univocamente il dato testuale della rubrica ("Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali") e, soprattutto, quello della l. n. 212/2000, art. 12, comma 1, (coniugato con la circostanza che l'intera disciplina contenuta nella disposizione risulta palesemente calibrata sulle esigenze di tutela del contribuente in relazione alle visite ispettive subite in loco), che, esplicitamen-

[35] A p. 9 denuncia anzi apertamente di non prendere posizione sul tema dell'esistenza di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale.

te, si riferisce agli «accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche o professionali»; ad operazioni, cioè, che costituiscono categorie d'intervento accertativo dell'Amministrazione tipizzate ed inequivocabilmente identificabili, in base alle indicazioni di cui al d.P.R. n. 633 del 1972, art. 52, comma 1, richiamato, in tema di imposte dirette dal d.P.R. n. 600 del 1973, art. 32, comma 1, e, in materia di imposta di registro, dal d.P.R. n. 131 del 1986, art. 53-*bis*, (del che, in particolare, non sembra aver tenuto conto Cass. 2594/14, quando riferisce all'ambito degli accessi e delle verifiche rilevanti ai fini della previsione della l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, gli accertamenti fondati si indagini su conti correnti bancari).

Si è, dunque, in presenza di una situazione, in cui il ravvisare nella disposizione in rassegna la fonte di un generalizzato diritto del contribuente al contraddittorio fin dalla fase di formazione della pretesa fiscale comporterebbe un'inammissibile interpretazione *abrogans* di parte qualificante del dato normativo. Ciò tanto più in considerazione del fatto che non irragionevole proiezione teleologica del riportato dato testuale – univocamente tendente alla limitazione della garanzia del contraddittorio procedimentale di cui alla l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, alle sole verifiche in loco – è riscontrabile nella peculiarità stessa di tali verifiche, in quanto caratterizzate dall'autoritativa intromissione dell'Amministrazione nei luoghi di pertinenza del contribuente alla diretta ricerca, quivi, di elementi valutativi a lui sfavorevoli: peculiarità, che specificamente giustifica, quale controbilanciamento, il contraddittorio al fine di correggere, adeguare e chiarire, nell'interesse del contribuente e della stessa Amministrazione, gli elementi acquisiti presso i locali aziendali.

Al riguardo, non può, d'altro canto, trascurarsi di riflettere, ulteriormente, sul fatto che Cass., sez. un., 18184/13 – nel definire il principio di diritto affermato (in merito alla nullità, pur non espressamente comminata, dell'atto impositivo emanato senza il rispetto del termine dilatorio di cui alla l. n. 212/2000, art. 12, comma 7) – ha, non a caso, espressamente correlato la decorrenza del termine dilatorio, destinato all'espletamento del contraddittorio, al momento del rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni «al contribuente, nei cui confronti sia stato effettuato un accesso, un' ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività».

3.3.2. Esame delle altre norme ordinarie

Le Sezioni Unite, nel proseguire l'esame delle altre disposizioni normativa, escludono che da esse possa desumersi una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale in campo tributario.

In proposito, deve rilevarsi che la l. n. 241/1990, («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo...») – nel regolare, al capo terzo, la «partecipazione al procedimento amministrativo», tra l'altro contemplante (all'art. 7) l'obbligo dell'Amministrazione di comunicare agli interessati l'«avvio del procedimento», al fine di consentirne l'interlocuzione prima dell'adozione del definitivo provvedimento amministrativo – esclude espressamente dalla disciplina partecipativa ivi prevista «i procedimenti tributari per i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano...».

Deve, inoltre, osservarsi che a siffatta previsione offre rispondenza una normativa tributaria, nel cui ambito non si rinviene alcuna disposizione espressa che sancisca in via generale l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale e ne possa essere considerata la fonte, ma si rinvengono, invece, una pluralità di disposizioni, che tale contraddittorio prescrivono, peraltro a condizioni e con modalità ed effetti differenti, in rapporto a singole ben specifiche ipotesi.

In particolare, al riguardo, rilevano: la già esaminata l. n. 212/2000, art. 12, comma 7, con riguardo agli avvisi conseguenti a verifiche effettuate presso i locali del contribuente; la l. n. 549 del 1995, art. 3, comma 185, e l. n. 146 del 1998, art. 10, comma 3-*bis*, (introdotto dalla l. n. 311 del 2004, art. 1, comma 409, lett. b), in tema di "accertamenti standardizzati"; il d.P.R. n. 600 del 1973, art. 36-*bis*, comma 3, e d.P.R. n. 633 del 1972, art. 54-*bis*, comma 3, nonché la l. n. 212 del 2000, art. 6, comma 5, con riferimento alle liquidazioni delle imposte in base alla dichiarazione; il d.P.R. n. 600 del 1973, art. 36-*ter*, comma 4, in rapporto al controllo formale delle dichiarazioni ai fini delle imposte dirette; il d.P.R. n. 600 del 1973, art. 38, comma 7, (come modificato dal d.l. n. 78 del 2010, art. 22, comma 1, convertito in l. n. 122 del 2010), in tema di accertamento sintetico; l'art. 110, comma 11, (e, in precedenza, il d.P.R. n. 917 del 1986, art. 76, comma 7-*ter*), in tema di recupero a tassazione di deduzioni di costi relativi ad operazioni intercorse con imprese con sede in Paesi Black list; l'art. 37 *bis*, comma 4, (introdotto dal d.lgs. n. 358 del 1997 , ed abrogato dal d.lgs. n. 128 del 2015, art. 1, comma 2), in merito agli accertamenti in materia di imposte dirette fondati su ipotesi di abuso di diritto; la l. n. 212 del 2000, art. 10-*bis*, comma 6, (introdotto, in sostituzione della disposizione prima esaminata, dal d.lgs. n. 128 del 2015, art. 1, comma 1); il d.lgs. n. 374 del 1990, art. 11, comma 4-*bis*, (introdotto dal d.l. n. 1 del 2012, art. 92, comma 1, convertito in l. n. 27 del 2012), in materia doganale.

D'altro canto, il complementare compenetrarsi delle due riportate discipline (quella sul procedimento amministrativo e quella sul procedimento tributario) comporta che la ricorrenza, in campo tributario, di una pluralità di norme che prescrivono il contraddittorio endoprocedimentale in rapporto ad atti specifici lungi dal poter assurgere ad indice dell'esistenza,

nell'ordinamento tributario, di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale – assume, ineludibilmente, la valenza opposta.

3.3.3. Una conferma che deriva (a contrario) dal sistema

Che nell'ordinamento nazionale non esista, allo stato, un principio generale, per il quale, anche in assenza di specifica disposizione, l'Amministrazione sarebbe tenuta ad attivare il contraddittorio endoprocedimentale ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente, si ricava anche, indirettamente, da ulteriori significativi dati sistematici.

Infatti, come osservano le Sezioni Unite n. 24823/2015, l'art. 22, comma l, d.l. n. 78 del 2010, convertito in legge n, 122 del 2010, ha introdotto l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale in tema di accertamento sintetico e, al fine di adeguare la disciplina nazionale in materia doganale a quella europea, l'art. 92, comma l, del d.l. n. 1 del 2012, convertito in l. n. 27 del 2012, ha introdotto nella previsione dell'art. 11 del d.lgs. n. 374 del 1990 il comma 4-*bis*, contemplante l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale anche per l'ipotesi di "revisione eseguita in ufficio", e quindi, di accertamento cd. "a tavolino". Risultando così asseverato *a contrario*, da entrambe le disposizioni, il convincimento che, allo stato attuale della legislazione, non sussiste, nell'ordinamento tributario nazionale, una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale.

Ancor più incisivo, nel senso indicato, è, forse il rilievo che la l. 11 marzo 2014 n. 23, di delega al Governo per la riforma del sistema fiscale, inserisce tra i principi e criteri direttivi della delega la previsione di forme di contraddittorio propedeutiche alla adozione degli atti di accertamento del tributi (art. l, comma l, lettera b), nonché il rafforzamento del contraddittorio nella fase di indagine e la subordinazione del successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale (art. 9, comma l, lettera b).

Né può ritenersi che, attraverso il richiamo al diritto di difesa del cittadino, presidiato dall'art. 24 Cost., e del buon andamento dell'amministrazione, sancito dall'art. 97 Cost., con le sentenze sez. U, n. 19667/2014 e sez. U, n. 19668/2014, si sia voluto riconoscere una diretta portata applicativa a tali norme costituzionali nell'accertamento tributario.

3.3.4. Il contraddittorio endoprocedimentale e gli artt. 24 e 97 Cost.

Rilevano le Sezioni Unite che l'esistenza di un generalizzato obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale in campo tributario nemmeno può essere direttamente ancorato agli artt. 24 e 97 Cost.

Le garanzie previste dall'art. 24 Cost. attengono, testualmente, all'ambito giudiziale; così pure quella di difesa di cui al comma 2, sia per collocazione, tra i commi l ed i commi 3 e 4 (che recano il testuale inequivocabile riferimento all'ambito giudiziale), sia per l'esplicito riferimento al "procedimento" in ogni suo "stato e grado". Come tali non sono sussumibili di immediata applicazione al procedimento tributario.

La sentenza sez. U, n. 24823/2015 non ritiene condivisibile sul punto «il rilievo (riportato a p. 14 dell'ordinanza interlocutoria) secondo cui – essendo il giudizio tributario caratterizzato da un'istruttoria giudiziale monca della possibilità di raccogliere prove costituende davanti a giudice terzo e, dunque, di rinnovare davanti ad esso eventuali dichiarazioni di persone informate dei fatti raccolte dai verbalizzanti in sede amministrativa e dotate di valore indiziario – l'anticipazione dei poteri partecipativi del contribuente a momento anteriore all'emanazione dell'atto impositivo, si proietterebbe (ponendo rimedio ad una supposta situazione di "disparità delle armi" in dotazione alle parti processuali), sulla stessa effettività della tutela giudiziale del contribuente».

Al di là del rilievo preliminare che l'affermazione del principio della generalizzata operatività del contraddittorio endoprocedimentale in campo tributario, in funzione dell'anticipazione del diritto di difesa nel giudizio, dovrebbe, in ogni caso, inevitabilmente transitare attraverso declaratoria d'incostituzionalità della normativa ordinaria che si presenti in contrasto, deve evidenziarsi che, secondo quanto ritenuto da sez. U, n. 24823/2015, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte Costituzionale (Corte cost., 21 gennaio 2000 n. 18), «il giudizio tributario, seppur nella sua particolarità, non viola, per la caratteristica qui in esame, il principio cd. della "parità delle armi", cui dà copertura costituzionale l'art. 111 Cost., giacché, fermo restando il divieto di ammissione della prova testimoniale sancito dall'art. 7 d.lgs. 546/1992, il potere di introdurre in giudizio dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale, con il valore probatorio proprio degli elementi indiziari, compete non solo all'Amministrazione finanziaria, che tali dichiarazioni abbia raccolto nel corso d'indagine amministrativa, ma, altresì, con il medesimo valore probatorio, al contribuente (cfr. in tal senso, tra le altre, Cass. n. 05018/2015, n. 11785/2010, n. 16032/2005, n. 04269/2002)».

Anche l'art. 97 Cost. non reca, in alcuna delle sue articolazioni, il benché minimo indice rivelatore dell'indefettibilità del contraddittorio endoprocedimentale; né in seno al procedimento amministrativo (in relazione al quale l'obbligo del contraddittorio procedimentale è generalizzatamente sancito da legge ordinaria), né, tanto meno, con riguardo allo specifico procedimento tributario, per il quale, come visto, la normativa ordinaria espressamente esclude la sussistenza di una clausola generale di contraddittorio-

rio endoprocedimentale, riconoscendo la ricorrenza dell'obbligo correlativo solo in presenza di specifica previsione. La necessità di una autoqualificazione delle disposizioni dello Statuto come attuative delle norme costituzionali richiamate e come "principi generali dell'ordinamento tributario" escludono in radice una diretta applicazione delle norme costituzionali al di là delle disposizioni statutarie e, dunque, la possibilità di affermare l'esistenza di un principio necessario di tutela del contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria.

Viene, dunque, escluso in modo netto dalle Sezioni Unite che, «sulla base della normativa nazionale, possa, in via interpretativa, postularsi l'esistenza di un principio generale, per il quale l'Amministrazione finanziaria, anche in assenza di specifica disposizione, sia tenuta ad attivare, pena la nullità dell'atto, il contraddittorio endoprocedimentale ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente».

Tale assunto risolve i dubbi interpretativi posti con l'ordinanza di rimessione e sottrae l'interprete al compito (non congeniale alla funzione) di ricostruire, per le ipotesi non puntualmente disciplinate, le modalità di concreto esercizio del diritto scaturente dal principio affermato e le conseguenze in termini di sanzioni della relativa violazione.

3.4. Il contraddittorio endoprocedimentale nel diritto dell'Unione Europea

Esclusa l'esistenza nell'ordinamento interno di un principio generale, per il quale l'Amministrazione finanziaria, anche in assenza di specifica disposizione, sia tenuta ad attivare, pena la nullità dell'atto, il contraddittorio endoprocedimentale ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente, le Sezioni Unite osservano che opposta conclusione è rinvenibile nell'ordinamento europeo.

L'esame delle pronunce della Corte di Giustizia consente, infatti, di ipotizzare un chiaro fondamento del principio del contraddittorio endoprocedimentale nel diritto dell'Unione Europea, lungo il solco della estensione al procedimento di accertamento delle medesime regole processuali attuative del diritto di difesa nella fase giurisdizionale di acquisizione – e non di mera valutazione – delle prove.

In particolare, l'esistenza di un principio generale del rispetto del contraddittorio anche nella fase amministrativa, nel diritto tributario, è stato affermato dalla Corte di Giustizia con le richiamate sentenze sui casi Sopropè (Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C-349/07), Jiri Sabou (sentenza 22 ottobre 2013, in causa C- 276/12) Kamino International Logistics (sentenza 3 luglio 2014, in causa C-129/13).

Come detto, nelle sentenze della Corte di Giustizia si ravvisa il fondamento del diritto al contraddittorio nella fase anteriore all'adozione dell'atto impositivo negli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che garantiscono il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale, e, soprattutto sull'art. 41 della medesima Carta, che garantisce il diritto ad una buona amministrazione.

I riferimenti tratti dalla giurisprudenza comunitaria consentono di esigere il rispetto dei diritti di difesa ogniqualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti del soggetto un atto per esso lesivo (Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, causa C-349107, Sopropè; id. 22 ottobre 2013, causa C276/12 Sabou), imponendo all'Amministrazione l'obbligo che i destinatari di decisioni incidenti sensibilmente sui propri interessi siano previamente messi in condizione di manifestare il proprio punto di vista in merito agli elementi raccolti dall'Amministrazione (Corte di Giustizia 24 ottobre 1996, causa C-32/95 P. Lisrestal; id. 21 settembre 2000, causa C-462/98 P. Mediocurso; id. 12 dicembre 2002, causa C-395/00, Cipriani; id. Sopropè, cit.; id. Sabou, cit.).

3.4.1. I temperamenti

Il principio dell'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale non è, tuttavia, assunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in termini assoluti e puramente formali, posto che anche i diritti fondamentali, quali il diritto di difesa, non danno vita a prerogative incondizionate, potendo soggiacere a restrizioni, che rispondano, con criterio di effettività e proporzionalità, ad obiettivi di interesse generale (cfr. Corte giust. 3 luglio 2014, in cause C-129 e C-130/13, Kamino International Logistics; 26 settembre 2013, in C-418/11, Texdata Software).

Al riguardo, si è, infatti, puntualizzato, con specifico riferimento a procedimento tributario, che l'obbligo del contraddittorio non investe l'attività d'indagine e di acquisizione di elementi probatori anche testimoniali svolta dall'Amministrazione fiscale, essendosi specificamente affermato che «l'Amministrazione, quando procede alla raccolta d'informazioni, non è tenuta ad informarne il contribuente né a conoscere il suo punto di vista» (Corte giust. 22 ottobre 13, in causa C-276/12, Jiri Sabou: punto 41).

È stato, inoltre, riconosciuto (da Corte giust. 3 luglio 2014, cause C-129 e C-130/13, Kamino International Logistics, punto 55, nonché 26.92013, in C-418/11, Texdata Software, punto 85) - con ciò già ripudiandosi una lettura meramente formalistica del principio dell'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale) - che la possibilità di un'audizione successiva, effettuata in esito ad impugnazione di provvedimento sfavorevole, può essere idoneo a garantire il rispetto del diritto ad essere sentiti, seppur alla condizione che la normativa nazionale consenta all'interessato non previamente sentito, di ottenere in

via automatica la sospensione dell'esecuzione del provvedimento fino alla sua eventuale riforma.

Si è, soprattutto, affermato (in prospettiva che richiama il pragmatico canone giuspubblicistico della strumentante delle forme) che – avendo il giudice nazionale, in ogni caso, l'obbligo di garantire la piena effettività del diritto dell'Unione – il riscontro di una violazione dei diritti di difesa, in particolare del diritto ad essere sentiti prima dell'adozione di provvedimento lesivo, determina l'annullamento dell'atto adottato al termine del procedimento amministrativo soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, detto procedimento "avrebbe potuto comportare un risultato diverso" (cfr.: Corte giust. 3 luglio 2014, in causa C-129 e C-130/13, Kamino International Logistics, punti 78 - 82 e la precedente giurisprudenza ivi richiamata).

3.5. Diritto interno e diritto europeo

Alla luce di quanto sopra esposto, deve, dunque, registrarsi che, sul tema in rassegna, non vi è coincidenza tra disciplina Europea e disciplina nazionale.

La prima, infatti, prevede il contraddittorio endoprocedimentale, in materia tributaria, quale principio di generale applicazione, pur valutandone gli effetti in termini restrittivamente sostanzialistici;

La seconda, lo delinea, invece, quale obbligo gravante sull'Amministrazione a pena di nullità dell'atto – non, generalizzatamente, ogni qual volta essa si accinga ad adottare provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente – ma, soltanto, in relazione ai singoli (ancorché molteplici) atti per i quali detto obbligo è esplicitamente contemplato.

L'indicata divaricazione si proietta inevitabilmente sulla regolamentazione dei tributi c.d. "non armonizzati" (in particolare: quelli diretti), estranei alla sfera di competenza del diritto dell'Unione Europea, e di quelli c.d. "armonizzati" (in particolare: l'iva), in detta sfera rientranti (*cfr.* § VI della motivazione).

Si tratta di una posizione che costituisce la naturale prosecuzione di quell'indirizzo, pure patrocinato dai giudici di Lussemburgo, rivolto a "confinare" l'incidenza del diritto UE rispetto alla controversia posta al vaglio del giudice nazionale, escludendone la rilevanza al di fuori delle competenze riservate all'Unione europea. Ciò in piena sintonia con quanto previsto dalla Carta UE (art.51) e dal TUE – art. 5, par. 2, art. 6 par.1 –[36].

3.6. I tributi non armonizzati

Per i tributi "non armonizzati", l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l'invalidità dell'atto, sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi, in cui tale obbligo sia previsto da specifica norma di legge.

Deve, infatti, evidenziarsi che l'obbligo di fissare un termine per la presentazione di osservazioni e difese, ad avviso della Corte di Giustizia (cfr. la citata sentenza del 3 luglio 2014 in cause riunite C-129/13 e C-130/13, Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Wortdwide Logistics BV, ed altre[37]), incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità. L'affermazione di siffatto principio del contraddittorio di derivazione eurounitaria, quantomeno in funzione della possibilità di disapplicazione della norma interna non conforme, resta, dunque, pur sempre soggetto al limite della natura armonizzata della materia tributaria.

Nel richiamare il principio espresso dalla Corte di Giustizia nel caso Sopropè (Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C-349/07) in tema di tributi doganali la Corte (Sez. T, n. 00406/2015) si è spinta ad operare una riconduzione ad unità sistematica del principio di contraddittorio anticipato, espresso dall'art. 37-*bis*, comma 4, del d.P.R. n. 600 del 1973 – in tema di imposte dirette – e dall'art. 12, comma 7 della l. n. 212/2000, riconoscendo ad esso forza espansiva, che, al di là del vincolo interpretativo connesso alla natura armonizzata del tributo, impone ai giudici degli Stati membri di fornire una interpretazione della legislazione nazionale conforme agli scopi del Trattato (TFUE) al fine di assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione Europea (cfr. Corte di Giustizia 28 giugno 2012, causa C-7/11, Caronna). Ciò al fine di realizzare un necessario allineamento degli standard di tutela al livello più soddisfacente e uniforme anche con riferimento a tributi "non armonizzati", attraverso il meccanismo comunemente denominato *spill-over effect*.

Sulla base del quadro delineato dalle pronunce della Corte di Giustizia e dell'attuale assetto normativo di settore, la sentenza sez. U, n. 24823/2015 esclude che possa affermarsi per i tributi non armonizzati una diretta applicabilità del principio generale del contrad-

[36] In questa sede può solo accennarsi alla discussione (in seno alla Corte di Cassazione) circa la diretta applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei territori non regolati dal diritto UE (v. a favore Cass. 406/2015; contra Cass. sez. U n. 9595/2012. In argomento, v. *amplius* R. Conti, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione*, in *http://www.giurcost.org*.

[37] Corte giust. 17 marzo 2009, causa C-217/08, Mariano. Conf., Corte giust. 26 marzo 2009, C-535/08, Pignataro; Corte Giust., 3 ottobre 2008, C-287/08, Crocefissa Savia; Corte Giust., 23 settembre 2008, C-427/06, Birgit Bartsch; Corte Giust. 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, J. McB, 51; Corte Giust. 12 novembre 2010, C-339/10, Asparuhov Estov e a., 12 e ss.; Corte Giust. 1° marzo 2011, C-457/09, Chartry, 25; Corte Giust. 15 novembre 2011, C-256/11, Dereci e a., Corte giust.,13 giugno 1996, n, C-144/95, Jean-Louis Maurin; Corte giust., 29 maggio 1997, n. C-299/95 Kremzow; Corte giust., 24 giugno 2004, C-328/04 Attila Vajnai; Corte giust.18 dicembre 1997, n. C-309/96, Daniele Annibaldi c sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio.

dittorio di derivazione comunitaria, riconoscendo al più di una influenza nell'orientamento interpretativo delle norme sul procedimento di verifica ed accertamento in materia tributaria.

Il principio di diritto affermato in proposito è il seguente: «Differentemente dal diritto dell'Unione europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all'Amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto. Ne consegue che, in tema di tributi "non armonizzati", l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l'invalidità dell'atto, sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi, per le quali siffatto obbligo risulti specificamente sancito…».

3.7. I tributi armonizzati

Rilevano le Sezioni Unite che nel campo dei tributi "armonizzati" (che, inerendo alle competenze dell'Unione, sono investiti dalla diretta applicazione del relativo diritto) l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale assume, invece, rilievo generalizzato.

In tale ambito – al di fuori delle specifiche ipotesi, per le quali l'obbligo del contraddittorio è espressamente sancito dal diritto nazionale nel rispetto dei principi di "equivalenza" e di "effettività" (v. Corte giust. 3 luglio 2014, in causa C-129 e C/130/13, Kamino International Logistics, punto 82) – opera, infatti, la clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale di matrice comunitaria, sanzionata, in caso di violazione, con la nullità del conclusivo atto impositivo. Nell'uno e nell'altro caso tuttavia (non potendo le indicazioni della giurisprudenza comunitaria ricevere attuazione che nella complessità delle relative articolazioni), sempre che, in mancanza di violazione dell'obbligo, il procedimento «avrebbe potuto comportare un risultato diverso» (con riferimento a rettifiche iva "a tavolino", in tal senso, Cass. 16036/15, 6232/15, 5632/15, 992/15, 961/15).

3.8. L'impossibilità di un'estensione in via interpretativa del principio del contraddittorio endoprocedimentale ai tributi non armonizzati

Le Sezioni Unite riconoscono che in tema di contraddittorio endoprocedimentale il superamento della duplicità del regime giuridico dei tributi "armonizzati" e di quelli "non armonizzati" non può essere realizzato in via interpretativa.

Se, infatti, è ragionevole l'interpretazione del diritto nazionale incidente su rapporti sottratti all'ambito di operatività del diritto comunitario s'ispiri ai principi giuridici enucleati in sede comunitaria su rapporti analoghi rientranti in detto ambito di operatività, è altrettanto vero che l'innegabile influenza del diritto comunitario su rapporti analoghi a quelli rientranti nelle competenze dell'Unione se può orientare l'interpretazione del diritto nazionale non può spingersi fino alla diretta applicazione dei principi eurounitari. L'assimilazione in via ermeneutica del trattamento di rapporti sottratti all'operatività del diritto comunitario (tributi "non armonizzati") al trattamento di rapporti analoghi ad esso assoggettati (tributi "armonizzati") è preclusa dal quadro normativo nazionale, univocamente interpretabile nel senso dell'inesistenza, in ambito tributario, di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale. Si rinvia, dunque, l'assorbimento della dicotomia in essere all'intervento del Legislatore, che, del resto, ha mostrato di essere consapevole della questione e di intendere farsene carico nei contenuti della legge n. 23 del 2014, di delega al Governo per la riforma del sistema fiscale.

L'interprete è, dunque, avvisato. Non può, invero, estendersi (in via interpretativa per evitare discriminazioni) per esigenze di salvaguardia del principio di uguaglianza il principio in tema di contraddittorio endoprocedimentale di estrazione comunitaria alla materia non armonizzata.

Per evitare effetti discriminatori, occorrerebbe rivolgersi alla Corte costituzionale per eliminare il riscontrato vizio della norma (art. 12, comma 7) nella parte in cui impone un trattamento (asseritamente) discriminatorio rispetto a quello previsto per i tributi armonizzati.

Al riguardo deve, però, segnalarsi che Cass. 6527/2016, in motivazione, ha già escluso la fondatezza di tale questione osservando che «né una questione di costituzionalità, sempre con riferimento all'art. 3 Cost. può porsi per la duplicità di trattamento giuridico tra "tributi armonizzati" e "tributi non armonizzati", atteso che, come anche in tal caso evidenziato dalla su menzionata sentenza delle sez. unite 24823/2015, l'assimilazione tra i due trattamenti è preclusa in presenza di un quadro normativo univocamente interpretabile nel senso dell'inesistenza, in campo tributario, di una clausola generale di contraddittorio procedimentale».

4. La sanzione dell'invalidità dell'atto impositivo per la violazione del principio del contraddittorio

Dalla ritenuta estensione del principio del contraddittorio ai casi di accertamento "a tavolino", quando abbiano ad oggetto l'accertamento di tributi cd. armonizzati, dovrebbe discendere la nullità dell'atto lesivo che, in violazione del suddetto principio, sia stato adottato senza preventiva comunicazione al destinatario, invalidità che viene in rilievo come conseguenza dell'omessa predisposizione del p.v.c., quando esso si traduca nella sostanziale esclusione della possibilità dell'interessato di interloquire in via preventiva e "informata" (e del dovere di raccogliere quanto affermato, prodotto o indicato), ovvero per effetto della non

adeguatezza in concreto dei tempi riservati alla analisi delle osservazioni e richieste dell'interessato.

Lo stesso dovrebbe dirsi con riguardo ai tributi armonizzati per i quali il contraddittorio endoprocedimentale è espressamente previsto da una specifica disposizione di legge.

In merito all'individuazione del regime della sanzione della invalidità l'ordinanza interlocutoria sez. 6-T n. 00527/2015 aveva prospettato due soluzioni, tra loro alternative:

1) l'applicazione dei principi "formalistici" fissati nella sentenza sez. U, n. 18184/2013, secondo cui, nel caso di avviso di accertamento emesso senza essere preceduto dalla consegna di un verbale di constatazione, oppure prima dello spirare del termine dilatorio di sessanta giorni, si ha in ogni caso invalidità (salvi i casi di urgenza di cui all'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 12), anche se il provvedimento sia assolutamente giusto e non contestato nel suo contenuto[38]; in questo filone possono essere ascritte anche Cass. SU 19667 e 19668/2014.

2) L'applicazione di squisita elaborazione di matrice comunitaria, secondo cui, ai fini della invalidità dell'atto di accertamento emanato in violazione del diritto al contraddittorio del contribuente, occorre valutare (in termini di cd. "prova di resistenza") la possibilità che, in assenza di tale violazione, per effetto della opportunità di interlocuzione concessa al contribuente in fase istruttoria, il procedimento avrebbe potuto avere esito diverso, opzione che il Collegio ritiene preferibile in via generale, in quanto subordina la rilevanza della violazione delle regole sul contraddittorio alla effettiva possibilità per l'interessato di introdurre in fase istruttoria temi che avrebbero potenzialmente e ragionevolmente ampliato il quadro da valutare in sede di decisione.

Al riguardo deve rilevarsi che la citata sentenza n. 132/2015 della Corte Costituzionale, nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 37-*bis*, comma 4, d.P.R. n. 600/1972, nella parte in cui prevede la sanzione della nullità dell'avviso di accertamento emanato in violazione del principio ivi sancito del contraddittorio endoprocedimentale, ha osservato che «Dalla considerazione unitaria delle prescrizioni dei commi 4 e 5, che scandiscono in modo rigoroso il procedimento preordinato all'assunzione dell'avviso di accertamento della fattispecie elusiva, emerge in modo ancora più evidente la funzione di tutela effettiva del contraddittorio propria del termine in questione. La sanzione della nullità dell'atto conclusivo del procedimento assunto in violazione del termine stesso trova dunque ragione in una divergenza dal modello normativo che, lungi dall'essere qualificabile come meramente formale o innocua, o come di lieve entità, è invece di particolare gravità, in considerazione della funzione di tutela dei diritti del contribuente della previsione presidiata dalla sanzione della nullità, e del fatto che la violazione del termine da essa previsto a garanzia dell'effettività del contraddittorio procedimentale impedisce il pieno svolgersi di tale funzione. La sanzione prevista dalla norma censurata non è dunque posta a presidio di un mero requisito di forma del procedimento, estraneo alla sostanza del contraddittorio, come assume la rimettente, ma costituisce invece strumento efficace ed adeguato di garanzia dell'effettività del contraddittorio stesso, eliminando in radice l'avviso di accertamento emanato prematuramente. La necessità che al contribuente sia consentito di partecipare al procedimento e la ragionevolezza della sanzione in caso di violazione del termine stabilito per garantire l'effettività di tale partecipazione, sono ancora più evidenti se si considerano le peculiarità dell'accertamento delle fattispecie elusive e il ruolo decisivo che in esso possono svolgere gli elementi forniti dal contribuente, in particolare in vista della valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere dell'esistenza di valide ragioni economiche sottese alle operazioni esaminate».

Le Sezioni Unite, solo apparentemente discostandosi da Corte Cost. n. 132/2015 (che, infatti, nulla ha detto a proposito dei limiti che il contraddittorio endoprocedimentale ha nell'ordinamento comunitario), danno, infatti, atto delle peculiarità dell'accertamento delle fattispecie elusive e del ruolo decisivo che in esso possono svolgere gli elementi forniti dal contribuente, forniscono una chiara indicazione nel senso del riconoscimento del carattere di effettività sostanziale e non formale alla garanzia del contraddittorio endoprocedimentale, richiedendo per l'applicazione della sanzione della nullità dell'avviso di accertamento l'esistenza di una violazione sostanziale dell'interesse del contribuente.

Escludono, però, le Sezioni Unite che l'accertamento del se il contraddittorio endoprocedimentale «avrebbe potuto comportare un risultato diverso» del procedimento impositivo, implichi l'effetto della nullità (parziale o totale) dell'accertamento soltanto se il contribuente fornisca in giudizio prova del fatto che l'omissione del contraddittorio gli ha impedito di far emergere circostanze e ragionamenti idonei ad attesta-

[38] Sul punto, giova richiamare le pronunce: sez. T, n. 02594/2014, in tema di verifica fiscale a fini IVA e IRPEF condotta a mezzo di indagini bancarie; sez. T, n. 03142/2014, in tema di emissione di fatture per operazioni inesistenti, che ha escluso l'emendabilità del vizio attraverso la "prova di resistenza", fondata sulla dimostrazione in concreto dell'effettivo pregiudizio subito dal soggetto destinatario dell'atto, non rientrando l'attività di accertamento impositivo dall'ambito applicativo della l. n. 241/1990, art. 21-*octies*, comma 2 e non essendo sussumibile l'atto impositivo nella categoria degli atti amministrativi cd. "vincolati"; sez. T, n. 07960/2014, Virgilio, Rv. 629967 in tema di accertamento mediante parametri e studi di settore; Sez. T n. 06088/2011, Di Iasi, Rv. 617449, che, sulla base della natura perentoria del termine previsto dall'art. 12, comma 7, ritiene irrilevante il contenuto del p.v.c.

re altri eventuali profili d'illegittimità o l'infondatezza (totale o parziale) della pretesa fiscale.

Secondo l'indicata impostazione, infatti, la violazione del contraddittorio, quale vizio del procedimento amministrativo, risulterebbe, nella sostanza, deprivato di ogni rilevanza, venendo, in realtà, tutto rimesso, (non diversamente da quanto avverrebbe in assenza della prescrizione dell'obbligo correlativo) alla capacità del contribuente di comprovare, in sede di confronto giudiziale, l'illegittimità per altri profili della pretesa fiscale o la sua infondatezza. E, in tal modo, l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale risulterebbe, di per sé, in assoluto derubricato a precetto senza sanzione, in contrasto con la stessa configurazione offertane dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

L'impostazione si pone, d'altro canto, in aperta contraddizione con la suddetta giurisprudenza, laddove questa afferma che, ai fini considerati, non può obbligarsi l'interessato «a dimostrare che la decisione... avrebbe avuto un contenuto differente, bensì solo che tale ipotesi non va totalmente esclusa in quanto... avrebbe potuto difendersi più efficacemente in assenza dell'irregolarità procedurale» (cfr.: Corte giust. 1 ottobre 2009, in C-141/08, Foshan Shunde Yongjian Housewares, punto 94; 2 ottobre 2003, in C-194/99, Thyssen Stani/Commissione, punto 31; 8 luglio 1999, causa C-51/92, Hercules Chemicals/Commissione, punto 81).

Gli esposti rilievi e il tenore della giurisprudenza comunitaria appena richiamata, inducono, quindi, le Sezioni Unite a ritenere che la limitazione della rilevanza della violazione dell'obbligo del contraddittorio, all'ipotesi in cui la sua osservanza «avrebbe potuto comportare un risultato diverso» del procedimento impositivo, vada inteso nel senso che l'effetto della nullità dell'accertamento si verifichi allorché, in sede giudiziale, risulti che il contraddittorio procedimentale, se vi fosse stato, non si sarebbe risolto in puro simulacro, ma avrebbe rivestito una sua ragion d'essere, consentendo al contribuente di addurre elementi difensivi non del tutto vacui e, dunque, non puramente fittizi o strumentali.

Più in particolare, deve, dunque, affermarsi che in relazione ai tributi "armonizzati", affinché il difetto di contraddittorio endoprocedimentale determini la nullità del provvedimento conclusivo del procedimento impositivo, non è sufficiente che, in giudizio, chi se ne dolga si limiti alla relativa formalistica eccezione, ma è, altresì, necessario che esso assolva l'onere di prospettare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato (cfr. Cass. 11453/14, 25054/13, sez. un. n. 20935/09), e che l'opposizione di dette ragioni (valutate con riferimento al momento del mancato contraddittorio), si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali l'ordinamento lo ha predisposto (Cass., sez. un.., 9935/15, 23726/07; Cass. 1271/14, 22502/13).

Viene in proposito affermato il seguente principio di diritto: «… in tema di tributi "armonizzati", avendo luogo la diretta applicazione del diritto dell'Unione, la violazione dell'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale da parte dell'Amministrazione comporta in ogni caso, anche in campo tributario, l'invalidità dell'atto, purché, in giudizio, il contribuente assolva l'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato, e che l'opposizione di dette ragioni (valutate con riferimento al momento del mancato contraddittorio), si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto».

Tale concezione sostanzialistica[39] delle garanzie previste dall'art. 12, comma 7, della l. n. 212/2000, che esclude una nullità *ipso iure* dell'avviso di accertamento emesso prima dello scadere del termine di sessanta giorni dalla conclusione della verifica fiscale, non è nuova, essendo stata già affermata nelle sentenze sez. T, n. 00992/2015, Cirillo, Rv. 634407 e sez. T, n. 21103/2011, Terrusi, Rv. 619742 (ma, anche, sez. T, 16035/2015, 18906/2011, 19875/2008), proprio in tema di violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 12, comma 2, della legge n. 212 del 2000, nonché da sez. T, n. 13890/2008, Scuffi, Rv. 603965, in materia di dazi doganali. Ed ancora, con la sentenza sez. T, n. 10381/2011, Greco, Rv. 617926, ove la ritenuta nullità dell'avviso di accertamento emesso *ante tempus*, anche nel caso di consegna di un processo verbale di accesso nel quale non erano stati mossi specifici rilievi né addebiti e, pertanto, prima della chiusura formale della verifica, è connessa non alla violazione della norma procedimentale, ma alla mancanza di motivazione delle ragioni dell'urgenza che la ha determinata, così valorizzando l'eccezione prevista nell'ultimo periodo dell'art. 12, comma 7, della legge n. 212 del 2000 (principio già affermato nella pronuncia di Sez. T, n. 22320/2010, Scarano, Rv. 615577); nonché con l'ordinanza Sez. T, n. 24739/2013, ove, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., dell'art. 37-*bis*, comma 4, del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, si evidenzia come sia irragionevole, nel quadro delle fattispecie antielusive,

[39] La tesi sostanzialistica, per il principio di interpretazione *conforme*, dovrebbe trovare applicazione anche per i tributi non armonizzati (in tal senso, v., a quanto pare, Cass. n. 6966/2016, est. Conti).

che il mero difetto di forma del contraddittorio debba necessariamente comportare l'invalidità dell'atto fiscale.

Le decisioni indicate, nel sottendere una interpretazione "orientata" in senso sostanzialistico del regime della invalidità conseguente alla violazione del principio del contraddittorio espresso dall'art. 12, comma 7, della l. n. 212/2000, àncorano il fondamento della facoltà partecipativa del contribuente ai principi di legalità e imparzialità dell'azione amministrativa. L'organo procedente è giuridicamente tenuto a valutare tutte le deduzioni, osservazioni e richieste formulate dal contribuente nella perduranza del termine prescritto. In tal modo, la concreta realizzazione del principio del contraddittorio endoprocedimentale si attua con il riconoscimento del diritto del contribuente ad un effettivo esame da parte dell'Amministrazione che procede all'accertamento delle osservazioni, opposizioni, doglianze e, in generale, argomentazioni proposte in fase istruttoria cui si può derogare solo in presenza di ragioni di urgenza oggettive ed oggettivamente gravi.

5. La giurisprudenza successiva a Cass., sez. un., n. 24823/2015

Ai sensi dell'art. 374, comma 3, c.p.c., «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Il legislatore delegato ha optato per non far comparire nel codice la parola "vincolo", limitandosi a disporre un onere di rimessione dalla sez. semplice alle s.u. (nella norma non compare neppure il verbo "dovere"), allorché la prima non condivida un "principio di diritto" formulato dalle seconde: e ciò onde promuovere un'evoluzione giurisprudenziale che, in quanto abbia ad oggetto un precedente delle s.u., solo da queste dovrebbe poter provenire.

Ci si è così astenuti dall'enunciazione solenne dell'esistenza di un "vincolo" delle sezioni semplici, che avrebbe adombrato il rischio dell'invalidità processuale della decisione che fosse stata pronunciata in spregio ad esso ed avrebbe così dato adito all'esigenza di rimedi di tipo impugnatorio o ad ipotizzare una libertà del giudice di rinvio di rifarsi al precedente disatteso piuttosto che alla pronuncia cassatoria: là dove la più anodina previsione di una "rimessione necessaria" – anche se introdotta non nell'ord. giud., ma nel codice, ove i rapporti parti-giudice sono disciplinati da regole la cui violazione sembra doversi riconnettere ad una sanzione processuale – pare indirizzata con più nettezza nel senso di un obbligo non sanzionato se non sul piano disciplinare.

Si è avuto cura comunque di precisare – nella relazione accompagnatoria al decreto delegato – che simile meccanismo dell'onere di conformazione, salva reinvestitura delle s.u. con ordinanza motivata, non limita la libertà interpretativa dei singoli collegi giudicanti e, pertanto, non crea un meccanismo di *stare decisis* tale da confliggere con il principio della soggezione dei giudici soltanto alla legge, di cui all'art. 102 Cost.

Si tratta infatti di un vincolo strettamente processuale, nel senso che l'obbligo non è di conformarsi nel contenuto, ma solo di non emettere una decisione di contenuto difforme, dovendo il dissenso essere necessariamente convogliato in un'ordinanza che investa della decisione le s.u.

Ciò detto, deve rilevarsi che l'esame della giurisprudenza successiva a Cass. SU 24823/2015 denota l'adeguamento ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite.

In tal senso, tra le pronunce rinvenibili sulla banca dati della Corte di Cassazione, è utile richiamare Cass. 7137, 6966, 6734, 6731, 6527, 5502, 5362, 5361, 4826, 4725, 3885, 3884, 3456, 2628 del 2016.

In particolare Cass. n. 6527/2016 (est. R. Crucitti) ha rilevato che: «sulla questione controversa sono intervenute di recente le Sezioni Unite di questa Corte (Sentenza n. 24823/15) le quali hanno ribadito l'orientamento maggioritario già formatosi in materia secondo cui, in tema di tributi non armonizzati, le garanzie fissate nella l. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7, trovano applicazione esclusivamente in relazione agli accertamenti conseguenti ad accessi, ispezioni e verifiche fiscali effettuate nei locali ove si esercita l'attività imprenditoriale o professionale del contribuente; ciò, peraltro, indipendentemente dal fatto che l'operazione abbia o non comportato constatazione di violazioni fiscali (Cass. n. 15010/14; 9424/14, 5374/14, 20770/13, 10381/14), rilevando che nel senso indicato militano univocamente il dato testuale della rubrica ("Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali) e, soprattutto, quello della l. n. 212 del 2000, art. 12, comma 1 (coniugato con la circostanza che l'intera disciplina contenuta nella disposizione risulta palesamente calibrata sulle esigenze di tutela del contribuente in relazione alle visite ispettive subite in loco) che, esplicitamente si riferisce agli "accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche o professionali"…. Le Sezioni Unite con la pronuncia citata hanno, infatti, escluso, sulla base della normativa nazionale, l'esistenza di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale, e cioè di un principio generale per il quale l'Amministrazione, anche in assenza di specifica disposizione, sia tenuta ad attivare, pena la nullità dell'atto, il contraddittorio endoprocedimentale ogni qualvolta debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente».

La Corte ha, inoltre, rilevato che come «il dato testuale della l. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7, univocamente tendente alla limitazione della garanzia

del contradditorio procedimentale alle sole "verifiche in loco", è da ritenersi "non irragionevole", in quanto giustificato dalla peculiarità stessa di tali verifiche, "caratterizzate dall'autoritativa intromissione dell'Amministrazione nei luoghi di pertinenza del contribuente alla diretta ricerca di elementi valutativi a lui sfavorevoli; peculiarità che giustifica, quale controbilanciamento, il contraddittorio al fine di correggere, adeguare e chiarire, nell'interesse del contribuente e della stessa Amministrazione, gli elementi acquisiti presso i locali aziendali"; siffatta peculiarità, differenziando le due ipotesi di verifica ("in loco" o "a tavolino"), giustifica e rende non irragionevole il differente trattamento normativo delle stesse, con conseguente manifesta infondatezza della sollevata questione di costituzionalità con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.; nè una questione di costituzionalità, sempre con riferimento all'art. 3 Cost. può porsi per la duplicità di trattamento giuridico tra "tributi armonizzati" e "tributi non armonizzati", atteso che, come anche in tal caso evidenziato dalla su menzionata sentenza delle sez. unite 24823/2015, l'assimilazione tra i due trattamenti è preclusa in presenza di un quadro normativo univocamente interpretabile nel senso dell'inesistenza, in campo tributario, di una clausola generale di contraddittorio procedimentale. L'affermata insussistenza, nell'ordinamento tributario nazionale, di una cluausola generale di contradditorio endoprocedimentale non viola, inoltre, né l'art. 24 Cost. né l'art. 111 Cost., atteso che, come espressamente affermato da questa Corte nella su richiamata sentenza a sez. unite 24823/2015, le garanzie di cui all'art. 24 "attengono, testualmente, all'ambito giudiziale", né l'art. 111 Cost. , in quanto il giudizio tributario, pur nella sua particolarità, è comunque rispettoso del principio della c.d. "parità delle armi", giacché, fermo restando il divieto di ammissione della prova testimoniale sancito dal d.lgs. n. 546 del 1992, art. 7, il potere di introdurre in giudizio dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale, con il valore probatorio proprio degli elementi indiziati, compete non solo all'Amministrazione finanziaria, che tali dichiarazioni abbia raccolto nel corso d'indagine amministrativa, ma, altresì, con il medesimo valore probatorio, al contribuente».

Anche le Commissioni tributarie (le cui decisioni sono state consultate su *http://entilocali.leggiditalia.it/*) hanno pronunciato (come si evince dall'elenco che segue) in senso conforme ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite. Solo tre si sono espresse in senso difforme ed una ha sollevato la questione di legittimità costituzionale.

Commiss. Trib. Reg. Puglia Bari, sez. I, sent., 08 marzo 2016, n. 615

Commiss. Trib. Reg. Puglia Bari, sez. I, sent., 08 marzo 2016, n. 597

Commiss. Trib. Reg. Sardegna Cagliari, sez. IV, sent., 01 marzo 2016, n. 54 *Diff.*

Commiss. Trib. Reg. Lombardia Milano, sez. XXVII, sent., 22 febbraio 2016, n. 955 *Diff.*

Commiss. Trib. Reg. Toscana Firenze, sez. XXV, sent., 17 febbraio 2016, n. 293

Commiss. Trib. Reg. Abruzzo L'Aquila sez. I, sent. 08 febbraio 2016, n. 144

Commiss. Trib. II grado Trentino-Alto Adige Trento, sez. II, sent. 04 febbraio 2016, n. 13

Commiss. Trib. Reg. Emilia-Romagna Bologna, sez. XI, sent. 02 febbraio 2016, n. 258

Commiss. Trib. Reg. Basilicata Potenza, sez. II, sent. 01 febbraio 2016, n. 55

Commiss. Trib. Reg. Lazio Roma, sez. XXXV, sent. 28 gennaio 2016, n. 430

Commiss. Trib. Reg. Piemonte Torino, sez. I, sent. 27 gennaio 2016, n. 126 *Tributi armonizzati*

Commiss. Trib. Reg. Lazio Roma, sez. XXVIII, sent., 26 gennaio 2016, n. 357

Commiss. Trib. Reg. Lazio Roma, sez. XXVIII, sent., 26 gennaio 2016, n. 354

Commiss. Trib. Reg. Liguria Genova, sez. I, sent. 26 gennaio 2016, n. 133

Commiss. Trib. Reg. Friuli-Venezia Giulia Trieste, sez. II, sent. 25 gennaio 2016, n. 16

Commiss. Trib. Reg. Veneto Venezia, sez. XXIV, sent. 20 gennaio 2016, n. 135 *Tributi armonizzati*

Commiss. Trib. Prov. Emilia-Romagna Reggio Emilia, sez. I, sent. 19 gennaio 2016, n. 5 *Diff.*

Commiss. Trib. Reg. Puglia Bari, sez. I, sent. 19 gennaio 2016, n. 85

Commiss. Trib. Reg. Veneto Venezia Verona, sez. XV, sent. 18 gennaio 2016, n. 94

Commiss. Trib. Reg. Toscana Firenze, sez. I, Ord. 18 gennaio 2016, n. 736 *Rimessione a Corte Costituzionale*

Commiss. Trib. Reg. Molise Campobasso, sez. III, sent. 12 gennaio 2016, n. 13

Commiss. Trib. Reg. Lazio Roma, sez. XXVIII, sent. 12 gennaio 2016, n. 25

Commiss. Trib. Reg. Lombardia Milano, sez. VI, sent. 12 gennaio 2016, n. 43.

5.1. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 7, l. n. 212/2000

Una società riceveva un avviso di accertamento che veniva impugnato innanzi la CTP competente.

La contribuente eccepiva preliminarmente la nullità dell'atto impositivo poiché emesso in violazione delle garanzie previste dall'art. 12, comma 7, l. n. 212/2000 (dopo il rilascio del PVC e la conseguente chiusura della verifica, il contribuente può comunicare entro 60 giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza).

La CTP accoglieva il ricorso solo parzialmente,

respingendo l'eccezione di nullità. Infatti, la norma citata si applicherebbe solo alle verifiche conseguenti ad accessi, ispezioni o verifiche presso i locali in cui si svolge l'attività del contribuente e non a quelle a tavolino (come era nel caso di specie).

La società presentava dunque appello in CTR, riproponendo la medesima eccezione di nullità dell'atto.

La Commiss. Trib. Reg. Toscana Firenze, Sez. I, con ordinanza del 18/01/2016 (in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 3/2016, pag. 249) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 7, l. n. 212/2000, in riferimento agli artt. 3, 24, 53, 111, 117 Cost., «nella parte in cui riconosce al contribuente il diritto a ricevere copia del verbale con cui si concludano le operazioni di accertamento e di disporre di un termine di 60 giorni per eventuali controdeduzioni, nelle sole ipotesi in cui la Amministrazione abbia "effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività" del contribuente».

Da notare che l'estensore, il Presidente Mario Cicala, era anche il Presidente del collegio che, con ordinanza n. 527/2015, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione del contraddittorio endoprocedimentale ed è stato uno dei presidenti che hanno composto le Sezioni Unite che hanno pronunciato la sentenza n. 24823/2015.

Questa la motivazione dell'ordinanza di rimessione:

«1. Impostazione della problematica

Si osserva preliminarmente che è irrilevante l'affermazione della Agenzia secondo cui "la società è in concordato preventivo"; sia perché non viene fornito alcun riscontro probatorio; sia perché il debitore in regime di concordato preventivo conserva la piena gestione dei suoi beni e dei suoi rapporti giuridici anche tributari; con l'obbligo solo di orientarli alla funzionalità del soddisfacimento dei creditori, obbiettivo del resto esistente nel caso di specie, posto che il debito tributario inciderebbe negativamente sugli altri creditori.

Passando al merito della causa, appare pregiudiziale la questione sollevata con il quarto e quinto motivo di appello (violazione dell'art. 12, 7 comma dello Statuto del Contribuente, e violazione del contraddittorio endoprocedimentale).

Si tratta di tesi già dedotta con il ricorso introduttivo del processo e respinta dalla sentenza impugnata, in forza della considerazione (ampiamente condivisa nella giurisprudenza della Cassazione) secondo cui la norma citata non si applicherebbe alle verifiche "a tavolino", ma solo alle verifiche conseguenti ad accessi, ispezioni e verifiche. E nel caso di specie l'accertamento si fondava tra l'altro sulle risultanze di 26 contratti di compravendita stipulati dalla società ed in cui venivano indicati valori ritenuti non congrui dalla Amministrazione.

La decisione del punto coinvolge una questione assai controversa. Cioè la problematica relativa alla sussistenza o meno di un generale obbligo per la Amministrazione di instaurare contraddittorio con il contribuente prima di emettere un atto di accertamento, cioè di formulare una pretesa tributaria non fondata sulle mere dichiarazioni del contribuente, bensì sulla affermazione di dati non forniti dal contribuente stesso. Questione di grande rilievo ove si deduca che la violazione del "diritto al contraddittorio" determina la nullità dell'atto impositivo.

Come noto, il contraddittorio amministrativo-tributario è previsto in numerose norme specifiche che prevedono (esplicitamente o implicitamente) la nullità dell'accertamento emesso in difetto di tale contraddittorio.

Le disposizioni cui si accenna costituiscono un quadro assai eterogeneo e variegato, in cui per l'ampiezza dell'ambito di applicazione spicca l'art. 12, comma 7, della l. 27 luglio 2000, n. 212, qui richiamato dalla parte privata. Ed in base alla sentenza n. 18184 del 29 luglio 2013 delle Sezioni Unite, la norma deve essere interpretata nel senso che l'inosservanza del termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento - termine decorrente dal rilascio al contribuente, nei cui confronti sia stato effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività, della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni – determina di per sé, salvo che ricorrano specifiche ragioni di urgenza, la illegittimità dell'atto impositivo emesso *ante tempus*, poiché detto termine è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva.

La norma – pur di ampia applicazione – prevede però un diritto al contraddittorio a favore solo del contribuente "nei cui confronti sia stato effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività". E ciò suscita, come ovvio, una problematica di razionalità se le ipotesi in cui il contraddittorio è prescritto vengono poste a confronto con altre simili in cui il contraddittorio non è imposto. Con conseguenti dubbi di costituzionalità del sistema (questione sollevata dalla sezione quinta della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 24739 del 5 novembre 2013).

2. Il contraddittorio amministrativo

Tutti questi dubbi sarebbero stati superati ove si fosse affermata la sussistenza nel nostro ordinamento di un "principio generale del contraddittorio" applicabile anche al di fuori dei casi in cui il contraddittorio (e la conseguente nullità dell'atto emanato in violazione) sono ricavabili dalle specifiche disposizioni. In simile ipotesi, infatti sarebbe venuta meno ogni

disparità di trattamento fra casi analoghi, essendo comunque e sempre obbligatorio il contraddittorio amministrativo.

In questo senso sembrava si fossero espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le sentenze 19667 e 19668/2014 secondo cui "la pretesa tributaria trova legittimità nella formazione procedimentalizzata di una "decisione partecipata" mediante la promozione del contraddittorio (che sostanzia il principio di leale Collaborazione) tra amministrazione e contribuente (anche) nella "fase precontenziosa" o "endoprocedimentale", al cui ordinato ed efficace sviluppo è funzionale il rispetto dell'obbligo di comunicazione degli atti imponibili. Il diritto al contraddittorio, ossia il diritto del destinatario del provvedimento ad essere sentito prima dell'emanazione di questo, realizza l'inalienabile diritto di difesa del cittadino, presidiato dall'art. 24 Cost., e il buon andamento dell'amministrazione, presidiato dall'art. 97 Cost."

A sua volta, la l. n. 23 del 2014, aveva previsto l'introduzione del principio invitando il legislatore delegato a "rafforzare il contraddittorio nella fase di indagine e la subordinazione dei successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale" (art.9 primo comma lettera b). Mentre l'Agenzia delle Entrate (Circolare n. 25/E del 6 agosto 2014 – Dir. Centrale Accertamento avente ad oggetto Accertamento – Prevenzione e contrasto dell'evasione – Anno 2014 – Indirizzi operativi), ha sottolineato "la centralità del rapporto con il contribuente che, nell'ambito dell'attività di controllo, si declina attraverso la partecipazione del cittadino al procedimento di accertamento mediante il contraddittorio, sia nella fase istruttoria sia nell'ambito degli istituti definitori della pretesa tributaria".

Questo orientamento sembrava, infine, aver trovato una sanzione nella sentenza 132/2015 della Corte Costituzionale che ha dichiarato inammissibile la questione sollevata dalla sezione quinta della Corte di Cassazione con la già citata ordinanza n. 24739 del 5 novembre 2013. La Cassazione aveva ipotizzato una violazione dell'art. 3 della Costituzione in quanto l' art. 37-*bis*, comma 4, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (sull'abuso di diritto) prevede(va) il contraddittorio amministrativo solo nelle fattispecie specificamente indicate dallo stesso art. 37-*bis* e non in tutte le altre ipotesi di abuso enucleate dalla giurisprudenza. A sua volta, la Corte Costituzionale ha ritenuto la non sussistenza della disparità di trattamento in quanto, "secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione nel nostro diritto vige il principio generale del contraddittorio, che trova applicazione anche ove non sia enunciato dalle specifiche disposizioni di legge. E quindi, non vi è disparità di trattamento fra i casi in cui il contraddittorio è previsto da una puntuale disposizione di legge e quelli in cui difetta simile specifica previsione".

3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 24823 del 9 dicembre 2015

In una valutazione del "diritto vivente" sul punto in discussione si deve oggi riconoscere un ruolo determinante alla sentenza n. 24823 del 9 dicembre 2015, con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno esercitato con la massima autorevolezze e completezza di argomentazioni la loro funzione di nomofilachia.

La pronuncia in questione chiarisce ed afferma che a differenza dal diritto dell'Unione Europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all'Amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto. Ne consegue che, in tema di tributi "non armonizzati" (quali appunti l'IRES e l'IRAP qui in discussione), l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l'invalidità dell'atto, sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi, per le quali siffatto obbligo risulti specificamente sancito. Si può poi per completezza ricordare che secondo la sentenza 24823/15 anche in tema di tributi "armonizzati" (quali l'IVA), avendo luogo la diretta applicazione del diritto dell'Unione, la violazione dell'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale da parte dell'Amministrazione comporta l'invalidità dell'atto, solo quando il contribuente assolva l'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato, e che l'opposizione di dette ragioni (valutate con riferimento al momento del mancato contraddittorio), si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto.

4. La questione di legittimità costituzionale: diritto di difesa e parità delle parti

Per valutare la situazione di diritto sopra delineata, occorre considerare che il processo tributario si caratterizza per la sostanziale assenza di una fase istruttoria o di raccolta delle prove da parte di un giudice terzo, o comunque in contraddittorio. Ancorché l'art. 7 del d.lgs. n. 546 del 1992 al suo primo comma reciti "le commissioni tributarie, ai fini istruttori e nei limiti dei fatti dedotti dalle parti, esercitano tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli Uffici tributari ed all'ente locale da ciascuna legge d'imposta". Ed al secondo comma soggiunga che "le commissioni tributarie, quando occorre acquisire elementi conoscitivi di particolare complessità, possono richiedere apposite relazioni ad organi tecnici dell'amministrazione dello Stato o di altri enti pubblici compreso

il Corpo della Guardia di finanza, ovvero disporre consulenza tecnica".

Ragioni dovute alla formazione strutturale delle Commissioni composte da magistrati part time inducono i giudici a pervenire alla decisione con celerità, senza indulgere ad indagini ulteriori e da essi stessi gestite.

Di fatto, l'istruttoria fiscale è affidata quasi esclusivamente alla Amministrazione che – ad esempio – raccoglie dichiarazioni di persone informate dei fatti. Dichiarazioni che possono compromettere l'esito del processo anche se, si suole ripetere che non sono vere testimonianze, ossia prove, ma solo indizi.

Il dispositivo che conclude il processo tributario è assai spesso determinato da indizi e quindi la distinzione fra indizio e prova sfuma, diviene quasi impercettibile; in un processo in cui l'esito sfavorevole al privato può essere determinato dal "più probabile che non" e non occorre certo il superamento, necessario invece nel processo penale, di "ogni ragionevole dubbio".

Di conseguenza, gli "indizi" raccolti dalla Amministrazione svolgono un ruolo decisivo e producono effetti identici a quelli propri di una istruttoria giudiziaria.

Posto che non è possibile, e neppure forse auspicabile, che i giudici tributari si facciano ricercatori o anche solo percettori di prove, ed acquisiscano sistematicamente indizi in contraddittorio, determinando una dilatazione dei tempi incompatibile con la ragionevole durata del contenzioso, appare necessario che il contribuente abbia voce, sia presente anche in quella fase, pur qualificabile come "amministrativa", in cui si forma il materiale probatorio su cui poggerà un giudizio spesso pronunciato dopo una breve discussione orale.

Del resto, anche nella ipotesi invero poco frequente che il giudice utilizzi a fondo i poteri riconosciutigli dal citato art. 7 della d.lgs. n. 546 del 1992 processuale, permane comunque la circostanza che l'indagine giudiziaria si affianca (e non sostituisce) l'indagine amministrativa, che gli esiti dell'accertamento amministrativo hanno un'efficacia probatoria identica a quella dell'accertamento disposto dal giudice.

Il contraddittorio amministrativo appare dunque strumentale a garantire il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., ed altresì che le parti processuali si collochino, su un piano se non di compiuta parità almeno "in condizioni di parità" di guisa che il processo risulti "giusto", come prescrive l' art. 111 della Costituzione; che si ispira all'art. 6 della Carta Europea dei Diritti dell' Uomo recepita dall'art. 9 della Costituzione Europea; secondo cui "l'Unione aderisce alla Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (e quindi il citato art. 6 è posto sotto lo "scudo" degli artt. 11 e 117, 1 comma Cost.). E appare ovvio che non è né giusto né equo un processo in cui le parti non siano poste "in condizione di parità".

5. La questione di legittimità costituzionale: la nozione di procedimento nell'art. 24 Cost.

Del resto, la Corte Costituzionale ha in passato, con un importante complesso di sentenze, imposto alla recalcitrante Corte di Cassazione di applicare le garanzie previste dagli artt. 304-*bis*, *ter* e *quater* introdotti nel codice di procedura penale "Rocco" con la L. 18 giugno 1955, n. 517, anche agli atti di indagine della polizia giudiziaria in considerazione del fatto che essi entravano nel processo penale con valore analogo a quello degli atti istruttori raccolti dal giudice.

È una considerazione che – a maggior ragione – vale per il processo tributario ove è addirittura escluso che il giudice possa procedere ad una attività di acquisizione diretta (o quanto meno con la partecipazione delle parti) delle dichiarazioni di persone informate; e quindi il giudice conosce delle dichiarazioni di costoro solo attraverso i verbali degli accertatori tributari.

Afferma infatti la giurisprudenza che "la disposizione contenuta nell'art. 7, 4 comma, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, secondo cui nel processo tributario non sono ammessi il giuramento e la prova testimoniale, limita i poteri del giudice tributario ma non pure i poteri degli organi di verifica, e pertanto la limitazione vale solo per la diretta assunzione, da parte del giudice stesso, della narrazione dei fatti della controversia compiuta da un terzo, cioè per quella narrazione che, in quanto richiedente la formulazione di specifici capitoli e la prestazione di un giuramento da parte del terzo assunto quale teste, acquista un particolare valore probatorio, mentre le dichiarazioni dei terzi, raccolte da verificatori o finanzieri e inserite, anche per riassunto, nel processo verbale di constatazione, hanno natura di mere informazioni acquisite nell'ambito di indagini amministrative e sono perciò pienamente utilizzabili quali elementi di convincimento" (Cass. civ., sez. trib., 16 luglio 2014, n. 16223; Cass. civ., sez. trib., 07 febbraio 2013, n. 2916. Cass. civ., sez. trib., 30 settembre 2011, n. 20032).

La sancita impossibilità che le persone "informate dei fatti" siano udite nell'ambito della procedura contenziosa con le garanzie del contraddittorio, rende necessaria una garanzia nella fase amministrativa in cui le dichiarazioni di queste persone sono raccolte e documentate. Questa garanzia potrebbe essere limitata alla applicazione del meccanismo di cui al 7 comma dell'art. 12 dello Statuto del contribuente (deposito del verbale e termine di 60 giorni accordato al contribuente per sue eventuali istanze). Ma deve pur sussistere.

Il contribuente verrebbe così posto, sempre per proseguire nell'esempio formulato, nella possibilità di evidenziare le contraddizioni o dubbi sulle dichiarazioni del teste sollecitandone una nuova audizione. E l'omessa od illogica risposta della Amministrazione vizierebbe l'atto impositivo.

Né appare sufficiente a bilanciare gli inconvenienti evidenziati la possibilità riconosciutagli dalla giuri-

sprudenza maggioritaria di "introdurre in giudizio dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale, con il valore probatorio proprio degli elementi indiziari, compete non solo all'Amministrazione finanziaria, che tali dichiarazioni abbia raccolto nel corso d'indagine amministrativa, ma, altresì, con il medesimo valore probatorio, al contribuente". È infatti evidente che queste dichiarazioni raccolte privatamente non costituiscono una forma di adeguato contraddittorio anche quando le dichiarazioni siano raccolte (ma con quale autorità ed autorevolezza?) attraverso l'esame dei medesimi soggetti ascoltati dal Pubblico Ufficio.

Si adatta cioè alle questioni in esame quanto affermato – fra le tante – nella sentenza della Corte Costituzionale 149/1969, secondo cui "se al termine "procedimento", a cui, nel garantire la difesa come diritto inviolabile, fa riferimento l'art. 24 della Costituzione , si desse un significato restrittivo, con conseguente esclusione di tutte le attività poste in essere al di fuori del normale intervento del giudice, il principio costituzionale perderebbe gran parte della sua effettività". Ciò ovviamente con il limite secondo cui "la nozione "procedimento" non può dilatarsi al di là dei confini necessari e sufficienti a garantire a tutti il diritto di difesa. E poiché in concreto questo non può essere operante prima che un soggetto risulti indiziato del reato, è a partire da questo momento che devono entrare in funzione i meccanismi normativi idonei a garantire almeno un minimo di contraddittorio, assistenza e difesa". Per rendere calzante la citazione è sufficiente sostituire al concetto di "indiziato di reato" quello di "soggetto nei cui confronti la Amministrazione prospetta la emissione di un atto di accertamento".

Tutto ciò evidenzia la non manifesta infondatezza del dubbio di illegittimità costituzionale che investe il 7 comma dell' art. 10 della l. 27 luglio 2000, n. 212, nella parte in cui riconosce al contribuente il diritto a ricevere copia del verbale con cui si concludano le operazioni di accertamento (ad esempio compiute mediante acquisizione di dati bancari, o accesso nei locali non di pertinenza del contribuente stesso) e di disporre di un termine di 60 giorni per eventuali controdeduzioni, alle sole ipotesi in cui la Amministrazione abbia "effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività" del contribuente.

E tale quesito è indubbiamente rilevante in quanto, in forza della sentenza 24823/15 il principio del contraddittorio trova applicazione, e solo secondo le modalità indicate dal diritto Europeo esclusivamente alla parte dell'accertamento relativo all'IVA, mentre non può essere utilmente invocato per la parte dell'accertamento relativo alle imposte dirette (IRAP, IRES); in questo senso anche la sentenza della sezione tributaria della Cassazione n. 26117 del 30 dicembre 2015 secondo cui ove un accertamento tributario riguardi – come nel caso di specie – per una parte tributi "non armonizzati" (IRES e IRAP), per l'altra tributi "armonizzati" (IVA); e il contribuente deduca la nullità dell'accertamento stesso in quanto non gli è stata offerta la possibilità di interloquire in sede amministrativa, il motivo è infondato con riferimento ai tributi "non armonizzati" perché le garanzie fissate dall' art. 12, comma 7, l. n. 212 del 2000 trovano applicazione esclusivamente in relazione agli accertamenti conseguenti ad accessi, ispezioni e verifiche fiscali effettuate nei locali ove si esercita l'attività imprenditoriale o professionale del contribuente (mentre per quanto riguarda i tributi "armonizzati" il motivo – in astratto fondato – era però nel caso di specie inammissibile, in quanto il ricorrente, non aveva dedotto se ed in quale precedente sede processuale avesse specificatamente indicato le ragioni che avrebbe potuto far valere qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato).

6. Ulteriori profili di incostituzionalità

Il particolare regime delle operazioni di accertamento a seguito di accesso, ispezione o verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività del contribuente appare infine irragionevolmente discriminatorio in relazione a quei contribuenti che non hanno subito accesso o verifica nei locali.

Alcuni hanno diritto al contraddittorio altri n. in relazione al fatto – in sé non pertinente – di aver subito una ispezione. Né è del tutto persuasiva la contro obbiezione: "ma se c'è stata l'ispezione vi è, o può essere, l'acquisizione di dati e documenti non fomiti dal contribuente stesso; mentre se i dati sono stati fomiti dal contribuente in fondo c'è una sorta di contraddittorio preventivo".

L'osservazione non copre infatti la gamma intera delle possibili circostanze di fatto. Se viene redatto un accertamento a carico di un soggetto in base a documenti di pertinenza di un altro imprenditore, reperiti in un accesso nella azienda di quest'ultimo, il primo contribuente nulla sa (*rectius* potrebbe sapere) e si vede piovere addosso magari all'improvviso un accertamento esecutivo. E qualcosa di simile accade ove un accertamento venga emanato sulla base di documenti, fomiti da terzi (così come accaduto per la "lista Falciani"); o di dati bancari ricavati da un conto neppur direttamente riconducibile al contribuente, ma di pertinenza di altro soggetto (come il coniuge) che si ipotizzi a lui collegato.

Nel caso di specie, ad esempio, sono stati utilizzati dal Fisco anche dati ricavati dai contratti di mutuo stipulati dagli acquirenti, dati non necessariamente noti al venditore.

Con una diversità di disciplina, che appare sospetta di incostituzionalità alla luce dell'art. 3 della Costituzione e dell'art. 53 Cost. (in quanto la capacità contributiva viene accertata con strumenti differenti scelti in base a criteri non razionali)».

5.1.1. Qualche breve notazione sull'ordinanza di rimessione

L'art. 12, comma 7, della l. n. 212/2000, è già stato sottoposto al vaglio della Consulta, che, con l'ordinanza n. 244 del 24 luglio 2009, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, prospettata con riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede la nullità del provvedimento emesso prima dello spirare del termine di sessanta giorni «dalla consegna del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo».

Nella parte motiva della citata ordinanza, la Corte Costituzionale ha notato come il giudice remittente non si sia fatto carico di un'interpretazione adeguatrice (alla luce del complessivo quadro normativo in cui essa si inserisce), così da consentire di superare il prospettato dubbio di costituzionalità.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 18184 del 29 settembre 2013, pur riconoscendo l'esigenza di salvaguardare il «contraddittorio procedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra Amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva", hanno statuito che: "il vizio invalidante non consiste nella mera omessa enunciazione nell'atto dei motivi di urgenza che ne hanno determinato l'emissione anticipata, bensì nell'effettiva assenza di detto requisito (esonerativo dall'osservanza del termine), la cui ricorrenza, nella concreta fattispecie e all'epoca di tale emissione, deve essere provata dall'Ufficio».

Vale a dire che la ricorrenza dei "casi di particolare e motivata urgenza" può essere provata nel corso del processo, quand'anche non esplicitata nella motivazione del provvedimento impugnato.

Non è escluso che, anche questa volta, la Corte Costituzionale, come già fatto a proposito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 37-*bis*, comma 4, d.P.R. n. 600/1973, laddove si sanziona con la nullità l'avviso di accertamento antielusivo che non sia stato preceduto dalla richiesta di chiarimenti nelle forme e nei tempi ivi prescritti (sent. n. 132/2015), disattenderà la questione osservando come, nonostante il recente pronunciamento di Cass. SU 24823/2015, non sia ravvisabile un diritto vivente nel senso di escludere l'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale ove non sia enunciato da specifiche disposizioni di legge, dovendosi dare atto della «sussistenza di un orientamento non isolato della stessa Corte di cassazione, che tende a riconoscere forza espansiva alla regola contenuta nella norma denunciata, non consente di ritenere esistente un diritto vivente in base al quale gli atti impositivi adottati in applicazione della clausola generale antielusiva si debbano considerare validi anche se emessi in violazione della regola contenuta nella stessa norma» (sent. 132/2015).

Del resto è la stessa ordinanza di rimessione a rilevare che, secondo la Corte Costituzionale (sent. 132/2015), per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione «l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento, operante anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa, a pena di nullità dell'atto finale del procedimento, per violazione del diritto di partecipazione dell'interessato al procedimento stesso».

Nella sostanza occorre prendere atto che siamo di fronte a due pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni Unite di segno (apparentemente) opposto. La prima – la più antica (sent. 19667/2014) – che afferma la sussistenza nel nostro ordinamento di un principio generale di contraddittorio anche ove non enunciato da specifiche disposizioni di legge e la seconda – la più recente (sent. 24823/2015) – che distingue tra tributi armonizzati e non, riconoscendo per questi ultimi la obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale solo ove previsto da specifiche disposizioni di legge.

Dunque, non sembra potersi affermare l'esistenza di un diritto vivente teso ad escludere l'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale ove non previsto da specifiche disposizioni di legge.

Quanto agli argomenti (parità della armi ed estensione dell'art. 24 Cost. *ante* giudizio) posti dalla CTR Toscana a fondamento della rimessione, deve rilevarsi che su entrambi le SU 24823/2015 hanno già preso posizione osservando, da un lato, che il giudizio tributario, pur nella sua particolarità, è comunque rispettoso del principio della c.d. "parità delle armi", giacché, fermo restando il divieto di ammissione della prova testimoniale sancito dal D.lgs. n. 546 del 1992, art. 7, il potere di introdurre in giudizio dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale, con il valore probatorio proprio degli elementi indiziati, compete non solo all'Amministrazione finanziaria, che tali dichiarazioni abbia raccolto nel corso d'indagine amministrativa, ma, altresì, con il medesimo valore probatorio, al contribuente, dall'altro, che le garanzie dell'art. 24 Cost. attengono testualmente all'ambito giudiziale (v. punto IV, 4, della motivazione).

Cass. SU 24823/2015 afferma, inoltre, che il fondamento della previsione di cui al comma 7 dell'art. 12 l. n. 212/2010 è da ravvisare, sotto il profilo teleologico, dall'autoritativa intromissione dell'Amministrazione nei luoghi di pertinenza del contribuente alla diretta ricerca, quivi, di elementi valutativi a lui sfavorevoli (v. punto IV, 1, della motivazione).

Sulla scorta di quest'ultimo argomento, Cass. 7137/2016 (est. Cigna) ha ritenuto giustificato e non irragionevole il differente trattamento normativo delle verifiche *in loco* e a tavolino delle stesse, «con conseguente manifesta infondatezza della sollevata questione di costituzionalità con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost." Prosegue ancora la Corte che "né una questione

di costituzionalità, sempre con riferimento all'art. 3 Cost. può porsi per la duplicità di trattamento giuridico tra "tributi armonizzati" e "tributi non armonizzati", atteso che, come anche in tal caso evidenziato dalla su menzionata sentenza delle sez. unite 24823/2015, l'assimilazione tra i due trattamenti è preclusa in presenza di un quadro normativo univocamente interpretabile nel senso dell'inesistenza, in campo tributario, di una clausola generale di contraddittorio procedimentale. L'affermata insussistenza, nell'ordinamento tributario nazionale, di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale non viola, inoltre, né l'art. 24 Cost. né l'art. 111 Cost., atteso che, come espressamente affermato da questa Corte nella su richiamata sentenza a sez. unite 24823/2015, le garanzie di cui all'art. 24 "attengono, testualmente, all'ambito giudiziale", né l'art. 111 Cost., in quanto il giudizio tributario nella sua particolarità, è comunque rispettoso del principio della c.d. "parità delle anni", giacché, fermo restando il divieto di ammissione della prova testimoniale sancito dal d.lgs. n. 546 del 1992, art. 7, il potere di introdurre in giudizio dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale, con il valore probatorio proprio degli clementi indiziari, compete non solo all'Amministrazione finanziaria, che tali dichiarazioni abbia raccolto nel corso d'indagine amministrativa, ma, altresì, con il medesimo valore probatorio, al contribuente».

La questione sollevata dalla CTR Toscana è stata ritenuta manifestamente infondata anche da Cass. 6966/2016 (est. Conti) secondo cui «Come evidenziato, invero, dalle S.U. nella ricordata sent. n. 24823/2015 il dato testuale della l. n. 212 del 2000 , detto art. 12, comma 7, univocamente tendente alla limitazione della garanzia del contraddittorio procedimentale alle sole "verifiche in loco", è da ritenersi "non irragionevole", in quanto giustificato dalla peculiarità stessa di tali verifiche, "caratterizzate dall'autoritativa intromissione dell'Amministrazione nei luoghi di pertinenza del contribuente alla diretta ricerca di elementi valutativi a lui sfavorevoli; peculiarità che giustifica, quale controbilanciamento, il contraddittorio al fine di correggere, adeguare e chiarire, nell'interesse del contribuente e della stessa Amministrazione, gli elementi acquisiti presso i locali aziendali"; siffatta peculiarità, differenziando le due ipotesi di verifica ("in loco" o "a tavolino"), giustifica e rende non irragionevole il differente trattamento normativo delle stesse, con conseguente manifesta infondatezza della sollevata questione di costituzionalità con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.; né una questione di costituzionalità, sempre con riferimento all'art. 3 Cost., può porsi per la duplicità di trattamento giuridico tra "tributi armonizzati" e "tributi non armonizzati", atteso che, come anche in tal caso evidenziato dalla su menzionata sentenza delle S.U. n. 24823/2015, l'assimilazione tra i due trattamenti è preclusa in presenza di un quadro normativo univocamente interpretabile nel senso dell'inesistenza, in campo tributario, di una clausola generale di contradditorio procedimentale. Del resto, poiché il sistema di tassazione diretta, nel suo complesso, non ha alcun rapporto con quello dell'IVA, non può ritenersi che una soluzione in tema di contraddittorio endorpcedimentale in materia IVA diversa da quella espressa per i tributi diretti crei un vulnus al principio di non discriminazione sul versante comunitario né a quello della ragionevolezza sul piano interno – cfr. Corte giust. 17 marzo 2007, causa C-35/05; Cass. 22132/2013. L'affermata insussistenza, nell'ordinamento tributario nazionale, di una clausola generale di contradditorio endoprocedimentale non viola, inoltre, né l'art. 24 Cost. né l'art. 111 Cost., atteso che, come espressamente affermato da Cass. sez. un. n. 24823/2015, le garanzie di cui all'art. 24 "attengono, testualmente, all'ambito giudiziale", né l'art. 111 Cost., in quanto il giudizio tributario, pur nella sua particolarità, è comunque rispettoso del principio della c.d. "parità delle armi", giacché, fermo restando il divieto di ammissione della prova testimoniale sancito dal D.lgs. n. 546 del 1992, art. 7, il potere di introdurre in giudizio dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale, con il valore probatorio proprio degli elementi indiziari, compete non solo all'Amministrazione finanziaria, che tali dichiarazioni abbia raccolto nel corso d'indagine amministrativa, ma, altresì, con il medesimo valore probatorio, al contribuente».

E ciò senza potersi tacere che «l'Amministrazione, quando procede alla raccolta d'informazioni, non è tenuta ad informarne il contribuente né a conoscere il suo punto di vista» (Corte giust. 22 ottobre 2013, in causa C-276/12, Jiri Sabou: punto 41).

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

Statuto del contribuente – Termine dilatorio – Avviso di accertamento – Notificazione – Emissione – Contribuente

In ordine al rispetto del termine dilatorio fissato dall'art. 12, comma 7, della l. n. 212/2000, secondo cui l'accertamento non può essere emesso prima dei 60 giorni dal rilascio al contribuente del PVC, si deve tener conto della data di formazione dell'atto, ovvero del momento in cui lo stesso viene redatto in forma definitiva, datato e sottoscritto dal funzionario. La norma, quindi, fa riferimento al divieto di emissione, che è fattispecie diversa dalla notificazione. La notificazione, infatti, è una mera condizione di efficacia, e non un elemento costitutivo dell'atto amministrativo di imposizione tributaria. Per questo motivo l'ufficio deve attendere il decorso del termine previsto dalla legge per la formulazione delle osservazioni e richieste del contribuente, prima di chiudere il procedimento di formazione dell'atto, ossia prima che lo stesso venga redatto in forma definitiva e, quindi, datato e sottoscritto dal funzionario che ha il potere di adottarlo. Questa sentenza si pone in contrasto con la maggior parte della dottrina secondo cui l'emissione dell'avviso di accertamento si ha solamente con la notifica dell'atto al contribuente.

Cass. civ., sez. VI, 17 marzo 2016, n. 5361, Pres. M. Iacobellis, Rel. R. G. Conti

Paradisi fiscali – Indicazione separata costi – Violazione– Deducibilità – Sanzioni

*I costi derivanti da operazioni intercorse con soggetti residenti in Paesi a fiscalità privilegiata devono essere esposti separatamente in dichiarazione. A seguito della modifica degli artt. 76, commi 7-*bis *e* ter *e 110, commi 10 e 11 del d.P.R. 917/1986 ad opera della l. 296/2006 la violazione di tale obbligo, stante la retroattività della normativa ex art. 1 comma 303 l. 296/2006, non ne impedisce la deducibilità a condizione che il contribuente dimostri con dichiarazione integrativa l'effettiva esistenza del soggetto estero quale impresa prevalentemente commerciale, l'effettivo interesse a svolgere l'operazione economica o che tale operazione abbia avuto concreta esecuzione. Tuttavia, la violazione dell'obbligo di indicazione separata non costituisce una violazione meramente formale non punibile* ex *art. 6 comma 5-*bis *d.lgs. 472/1997 in quanto risulta comunque idonea ad ostacolare il compimento dei controlli da parte dell'Agenzia delle Entrate sulle operazioni economiche intercorse con soggetti appartenenti alla cd. Black list. Pertanto, la Corte ritiene sempre applicabile la sanzione amministrativa.*

Cass. civ., sez. V, 27 aprile 2016, n. 8326, Pres. S. Di Amato, Rel. G. Locatelli

Reddito di impresa – Deducibilità component negative – Effettività – Inerenza – Certezza – Determinatezza – Competenza – Tasso di interesse attivo non coerente con i tassi di mercato

I costi connessi alla prestazione di una garanzia pluriennale di redditività minima fornita per la cessione di un bene immobile, non possono essere dedotti come componenti negativi del reddito di impresa a meno che non soddisfino a pieno i requisiti di effettività, inerenza, certezza, determinatezza (o determinabilità) e competenza e purché ciò avvenga nell'esercizio in cui tali requisiti risultino sussistenti.

Affinché la deduzione non risulti antieconomica è necessario che il valore minimo della garanzia, non risulti sproporzionata rispetto al canone percepito dal cessionario dell'immobile. Inoltre qualora in un contratto di finanziamento a favore di una consociata estera, la previsione del tasso di interesse attivo non sia coerente con i tassi solitamente applicati nel mercato, è legittima la ripresa a tassazione dei maggiori componenti positivi di reddito.

Cass. civ., sez. V, 01 aprile 2016, n. 6332, Pres. S. Di Amato, Rel. G. Iofrida

Annullamento in autotutela – Soccombenza virtuale – Compensazione spese di lite – Art. 88 c.p.c. – Principio di lealtà

Nel processo tributario, in caso di cessazione della materia del contendere per annullamento dell'atto in via di autotutela, non si configura automaticamente la condanna alle spese secondo le regole della soccombenza virtuale: se la cessazione della materia del contendere deriva da un'autotutela dell'ufficio che annulla un vizio dell'atto sussistente sin dall'origine, non è possibile compensare le spese. Con la decisione in esame, gli Ermellini hanno cassato la sentenza con rinvio alla medesima CTR in diversa composizione, poiché nella vicenda in esame, sulla base dei verbali

di udienza, non risultava alcuna verifica sulle ragioni per le quali l'amministrazione finanziaria aveva proceduto all'annullamento dell'atto impositivo. La Suprema Corte, in linea con pronunce precedenti (Cass. 22231/11, nonché 19947/10), ha ribadito il principio in base al quale occorre verificare se l'annullamento dell'ufficio consegua ad una manifesta illegittimità dell'atto impositivo sin dalla sua emanazione, nel qual caso s'impone senz'altro la liquidazione delle spese a favore della parte contribuente. Solo nell'ipotesi in cui persista una obiettiva complessità della materia, l'atteggiamento dell'ufficio può essere considerato conforme al principio di lealtà, ex *art. 88 c.p.c., suscettibile di essere premiato con la compensazione delle spese.*

Cass. civ., sez. V, 13 aprile 2016, n. 7273, Pres. D. Chindemi, Rel. L. Solaini

Tributi – IVA – Detrazione – Immobili ad uso abitativo – Impresa che non esercita l'attività di costruzione e vendita di fabbricati abitativi in via esclusiva – Onere della prova– inerenza e strumentalità in base ad elementi oggettivi e concreti

La Cassazione pronunciandosi in ordine alla generale previsione di cui all'art.19 del d.P.R. 633 del 1972, ha affermato che l'imprenditore che voglia avvalersi della detrazione sull'acquisto di un immobile deve provare che l'operazione riguardi l'esercizio effettivo dell'attività di impresa. Ciò deve essere dimostrato sulla base di elementi oggettivi e concreti che escludano la possibilità di far rientrare il bene nella categoria di quelli a destinazione abitativa per i quali è prevista l'esclusione dalla detrazione. Accogliendo il ricorso dell'Agenzia delle Entrate contro una S.r.l. che aveva acquistato un immobile ad uso abitativo, la Corte ha specificato che l'acquisto può essere anche solo prodromico all'esercizio effettivo dell'attività di impresa ma destinato, in futuro, a procurare un guadagno.

Cass. civ., sez. V., 8 aprile 2016, n. 6883, Pres. C. Piccinini, Rel. L. Tricomi

Rinvio pregiudiziale – Fiscalità – IVA – Articolo 4, paragrafo 3, TUE – Direttiva 2006/112/CE – Insolvenza – Procedura di concordato preventivo – Pagamento parziale dei crediti IVA

L'ammissione di un pagamento parziale di un credito IVA da parte di un imprenditore in stato di insolvenza, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo non è contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA, in quanto non costituisce una rinuncia generale ed indiscriminata alla riscossione dell'IVA. La procedura di concordato preventivo prevista dalla legge italiana, prevede infatti che lo Stato il quale non concordi con l'esperto indipendente che attesta che il credito non riceverebbe un trattamento migliore, possa votare contro la proposta di pagamento parziale di un credito IVA, e possa ulteriormente opporsi alla eventuale omologazione del concordato.

C.G.U.E., sentenza 7 aprile 2016, causa C-546/14, *Degano Trasporti S.a.S.*

Diritto internazionale

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea 508

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea

DIRITTO INTERNAZIONALE

Arbitrato – Art. 6 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) – Diritto di accesso alla giustizia – Diritto all'equo processo – Convenzione di New York – Tutela dei diritti umani

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo non si verifica alcuna violazione del diritto di accesso alla giustizia ed all'equo processo se le norme di diritto internazionale privato di uno Stato sanciscono che, nel caso in cui le parti a una controversia scelgano di avvalersi dell'arbitrato, sia preclusa la possibilità di appello.

Corte EDU, decisione Tabbane contro Svizzera, ricorso n. 41069/12, 1° marzo 2016*

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la decisione *Tabbane contro Svizzera* (ricorso n. 41069/12) depositata il 1° marzo, ha spianato la strada alle scelte di politica legislativa degli Stati parti alla Convenzione che favoriscono la diffusione dell'arbitrato.

Per Strasburgo non si verifica alcuna violazione del diritto di accesso alla giustizia e all'equo processo se le norme di diritto internazionale privato di uno Stato sanciscono che, nel caso in cui le parti a una controversia scelgano di avvalersi dell'arbitrato, sia preclusa la possibilità di appello.

Ad interpellare la Corte di Strasburgo, un cittadino tunisino il quale aveva stipulato un contratto con la multinazionale francese Colgate: nel contratto era anche inclusa una clausola arbitrale con la quale le parti rinunciavano ad adire i tribunali ordinari optando, in caso di controversie, per l'arbitrato secondo le regole della Corte internazionale di arbitrato. Era stato così costituito un collegio che aveva scelto come sede la Svizzera, con la conseguenza che tale legge era quella applicabile. Il collegio arbitrale aveva condannato l'uomo d'affari a restituire le azioni e a pagare le spese processuali. L'imprenditore aveva fatto appello al tribunale federale svizzero che, però, aveva respinto il ricorso ritenendo che la libera scelta dell'arbitrato, in base alla legislazione svizzera, impediva la possibilità di appello. Di qui il ricorso a Strasburgo, poi proseguito dai figli e dalla moglie.

Per la Corte europea di Strasburgo, che ha dichiarato il ricorso irricevibile, non si è verificata alcuna violazione della Convenzione perché la legislazione svizzera persegue un fine legittimo ossia quello di favorire lo sviluppo dell'arbitrato. Il diritto di accesso a un tribunale – osserva la Corte – non implica necessariamente il diritto di adire un tribunale di tipo classico. L'articolo 6 della Convenzione, infatti, non si oppone ai tribunali arbitrali funzionali a giudicare controversie di natura patrimoniale. A ciò si aggiunga che, nel caso in esame, l'arbitrato era stato liberamente scelto dalle parti, nell'esercizio dell'autonomia negoziale. Ed invero, se si tratta di un arbitrato obbligatorio vanno applicate tutte le garanzie dell'articolo 6, a differenza dei casi di arbitrato volontario scelto liberamente dalle parti che rinunciano spontaneamente ad alcune garanzie.

Nel caso in esame, nessun dubbio che il ricorrente avesse effettuato una scelta libera e senza equivoci. Tra l'altro, l'articolo 192 della legge di diritto internazionale privato svizzero, che punta a incrementare *l'appeal* e l'efficacia dell'arbitrato internazionale, escludendo il doppio grado di giurisdizione, è stato applicato perché il collegio arbitrale, con un arbitro scelto proprio dal ricorrente, aveva deciso la sede del collegio in svizzera e l'applicazione di tale legge che, in caso contrario, non sarebbe stata applicata in assenza di qualunque genere di legame con le parti e con il contratto. A ciò si aggiunga – precisano i giudici internazionali – che in base all'ordinamento elvetico, se la sentenza arbitrale deve essere eseguita in Svizzera va applicata la Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, con un controllo, quindi, supplementare e piena rassicurazione circa il rispetto dei diritti umani.

* I testi integrali delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sono consultabili, in lingua francese ed inglese, sul portale: *www.hudoc.echr.coe.int.*

Tutela dei diritti umani – Diffamazione – Art. 6 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)– Diritto di accesso alla giustizia ed all'equo processo – Direttiva n. 2010/13 sui servizi di media audiovisivi – Regolamento Bruxelles I.

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo la dichiarazione di incompetenza da parte dei giudici svedesi, a fronte dell'azione per diffamazione avviata da un individuo leso da un programma televisivo trasmesso in diretta in Svezia ma transitato attraverso il satellite in Regno Unito, è contraria al diritto a un equo processo garantito dall'articolo 6 della Convenzione europea.

Corte EDU, caso Arlewin contro Svezia, sentenza depositata il 1° marzo 2016

La Corte europea dei diritti dell'uomo interviene sull'individuazione del giudice competente in materia di diffamazione. Con la sentenza depositata il 1° marzo, nel caso Arlewin contro Svezia Strasburgo ha ritenuto che la dichiarazione di incompetenza da parte dei giudici svedesi, a fronte dell'azione per diffamazione avviata da un individuo leso da un programma televisivo trasmesso in diretta in Svezia ma transitato attraverso il satellite in Regno Unito, è contraria al diritto a un equo processo garantito dall'articolo 6 della Convenzione europea.

A rivolgersi alla Corte, un cittadino svedese accusato in un programma televisivo di aver partecipato a un'organizzazione criminale operativa nel settore dei media e della pubblicità. Tuttavia, i tribunali svedesi, in primo e secondo grado, avevano escluso la propria giurisdizione perché era stata una società inglese a inviare il programma via satellite in Svezia. La Corte suprema aveva anche respinto la richiesta di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sul regolamento n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (sostituito dal regolamento n. 1215/2015, di analogo contenuto).

La scelta dei giudici svedesi, che hanno rigettato la giurisdizione, è stata bocciata da Strasburgo perché anche se il programma era transitato sul satellite inglese, la trasmissione era rivolta al pubblico svedese, era stata prodotta in Svezia e in lingua svedese. Non solo. Il danno si era verificato in Svezia perché lì si trovava colui che si riteneva diffamato e colui che era accusato di diffamazione.

Pertanto, alla luce della circostanza che sussistevano forti collegamenti tra le conseguenze provocate dal programma e la Svezia, quest'ultima doveva consentire l'accesso a un tribunale tanto più che era del tutto irragionevole chiedere al ricorrente di agire dinanzi ai tribunali inglesi.

La Corte, poi esprime anche alcune considerazioni sulla direttiva 2010/13 relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), chiarendo che l'articolo 28 non si riferisce alle azioni di diffamazione, ma solo al diritto di replica, senza per di più occuparsi delle questioni di giurisdizione legate alla diffamazione derivante dalla diffusione transfrontaliera di programmi.

Riguardo al regolamento Bruxelles I, Strasburgo ritiene che, in base agli articoli 2 e 5, entrambi gli Stati potrebbero avere la giurisdizione. Tuttavia, considerando che il contenuto, la produzione e la trasmissione del programma hanno stretti collegamenti con la Svezia e che il danno si è verificato nel Paese scandinavo, la Svezia ha un obbligo, in base all'articolo 6 della Convenzione, di garantire un diritto di accesso ai tribunali. Il diniego di giurisdizione, quindi, porta la Corte a condannare la Svezia obbligandola a versare un indennizzo di 12mila euro per danni non patrimoniali.

Tutela dei diritti fondamentali della persona – Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia – Responsabilità per aiuto ed incoraggiamento alla commissione di crimini di guerra – Genocidio – Crimini contro l'umanità

Il Tribunale de L'Aja, ha condannato il 24 marzo scorso Radovan Karadzic a 40 anni di carcere per crimini di guerra, crimini contro l'umanità, e per aver avuto un ruolo sostanziale nel genocidio dei musulmani di Bosnia (il "massacro di Srebrenica" e "l'accerchiamento di Sarajevo"), dopo un processo che ebbe inizio nell'ottobre 2009.

Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic Public, IT-95-5/18-T, sentenza del 24 marzo 2016

A oltre 20 anni dai fatti, il Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nell'ex Iugoslavia, con la sentenza depositata il 23 marzo ha riconosciuto la colpevolezza di Karadzic non solo per genocidio, ma anche per altri 9 capi di imputazione relativi a crimini di guerra e contro l'umanità, incluso l'assedio di oltre 4 anni di Srebrenica e l'utilizzo sistematico di cecchini contro la popolazione assediata e affamata.

L'ex leader serbo-bosniaco, allora presidente dell'autoproclamata Repubblica serba di Bosnia (Srpska), ideatore dello sterminio della popolazione bosniaca con l'obiettivo di costruire la "Grande Serbia", è stato condannato a 40 anni di reclusione anche per la partecipazione nella "Joint Criminal Enterprise" (JCE) per eliminare i bosniaci.

I giudici de L'Aja pronunciano una storica sentenza l'ex leader serbo-bosniaco Radovan Karadžić, oggi settantenne, viene condannato a quarant'anni di carcere per genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, commessi durante la guerra in Bosnia dal 1992 al 1995: una condanna per dieci degli undici capi di imputazione a suo carico, considerando l'assoluzione "per insufficienza di prove" per una delle due accuse di genocidio per i massacri compiuti in sette villaggi bosniaci.

Tra le condanne accumulate da Karadžić, oltre al riconoscimento di "una responsabilità individuale" per i tre anni di sanguinoso assedio di Sarajevo, assume particolare rilievo quella di genocidio per il massacro di Srebrenica, compiuto da gruppi paramilitari ultra-nazionalisti provenienti dalla Serbia e dall'esercito serbo-bosniaco guidato dal Generale Ratko Mladić, per il quale, unitamente ai due principali responsabili dei servizi segreti serbi, Jovica Stanišić e Franko Simatović, la Procura del TPI ha chiesto la riapertura del procedimento dopo una prima sentenza di assoluzione.

La sentenza accerterebbe le responsabilità dell'imputato nel genocidio avvenuto nella piccola città Bosniaca di Srebrenica, ove, secondo le stesse ricostruzioni del tribunale, furono uccisi i maschi di "robusta costituzione" musulmani, implicando serie conseguenze nella procreazione della popolazione, che ne avrebbe potuto comportare l'estinzione.

Una pena fin troppo mite per i parenti delle vittime tanto più che in altri casi, come quelli Popovic e Beara, il processo per il genocidio a Srebrenica si era chiuso con l'ergastolo (si vedano le sentenze del 10 giugno 2010 e del 20 gennaio 2015). Nei confronti di Karadzic non è stata riconosciuta la sua responsabilità per il genocidio in altri 7 villaggi bosniaci. Il processo era iniziato in contumacia il 27 giugno 1996: solo dopo 12 anni di latitanza, protetta dalle alte sfere serbe, l'arresto del 21 luglio 2008 e la consegna al Tribunale delle Nazioni Unite. La condanna è senza dubbio – come ha ricordato anche il Segretario generale delle Nazioni Unite Ban Ki-Moon – una data storica per la giustizia penale internazionale e riguarda il più atroce massacro commesso dopo la Seconda guerra mondiale nel cuore dell'Europa, anche se va notato che arriva ad oltre 20 anni dai fatti. Il processo, infatti, è iniziato il 26 ottobre 2009 ed è durato 498 giorni. Ben 586 i testimoni ascoltati durante il procedimento.

Ancora in corso il processo a Ratko Mladic, accusato di essere ideatore ed esecutore, con Radovan Karadzic, della strage di Srebrenica. Dall'inizio dell'attività del Tribunale si sono svolti e conclusi 149 procedimenti.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Regolamento (CE) n. 44/2001 – Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale – Articolo 5, punto 3 – Nozione di "materia di illeciti civili dolosi o colposi" – Direttiva 2001/29/CE – Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione – Articolo 5, paragrafo 2, lettera b) – Diritto di riproduzione – Eccezioni e limitazioni – Riproduzione a uso privato – Equo compenso – Mancato pagamento – Inclusione eventuale nell'ambito di applicazione dell'articolo 5, punto 3, del regolamento (CE) n. 44/2001

L'articolo 5, punto 3, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, va interpretato nel senso che una domanda volta a ottenere la corresponsione di un compenso dovuto ai sensi di una normativa nazionale, che attua il sistema di «equo compenso», previsto dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, rientra nella «materia di illeciti civili dolosi o colposi», ai sensi dell'articolo 5, punto 3, di detto regolamento.

Corte giust. (Prima Sezione) 21 aprile 2016, causa C-572/14, Austro-Mechana[1]

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 5, punto 3, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[2] (in seguito: «regolamento»), nonché dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del

[1] Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: *http://curia.europa.eu/*.

[2] L'articolo 5, punti 1 e 3, del regolamento n. 44/2001, è formulato come segue: «La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: 1) a) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; (...) 3) in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire».

22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione[3] (in seguito: «direttiva»).

La controversia all'origine del rinvio, oppone l'Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH (in prosieguo: l'«Austro-Mechana»), una società di gestione collettiva dei diritti d'autore il cui compito comprende, segnatamente, la riscossione dell'«equo compenso» previsto dal diritto nazionale, alle società Amazon EU Sàrl, Amazon Services Europe Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon Logistik GmbH e Amazon Media Sàrl (in prosieguo, congiuntamente: «Amazon») – un gruppo internazionale che commercializza tramite Internet diversi prodotti, tra i quali i supporti di registrazione. L'oggetto riguarda la competenza internazionale dei giudici austriaci a conoscere di un'azione giurisdizionale relativa al pagamento del corrispettivo dovuto in ragione della messa in commercio di supporti di registrazione, conformemente al diritto austriaco. In particolare, se i giudici austriaci, ai sensi dell'articolo 5, punto 3, del regolamento, siano competenti sul piano internazionale a conoscere dell'azione giurisdizionale intentata dall'Austro-Mechana allo scopo di ottenere da Amazon il pagamento di detto compenso. Il ricorso proposto dall'Austro-Mechana è stato respinto dal giudice di primo grado come dal giudice in appello per difetto di giurisdizione internazionale, in ragione del fatto che la controversia non ricade nella sfera di applicazione del regolamento. L'Austro-Mechana ha proposto ricorso per cassazione e la Corte suprema austriaca, così adita, ha deciso di sospendere il procedimento dinanzi a sé per sottoporre alla Corte UE una questione pregiudiziale.

Il giudice del rinvio chiede se l'articolo 5, punto 3, del regolamento si interpreta nel senso che una domanda intesa ad ottenere il pagamento di un compenso come quello oggetto del procedimento principale, dovuto ai sensi di una normativa nazionale di attuazione dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva, ricade nella «materia di illeciti civili dolosi o colposi», ai sensi dell'articolo 5, punto 3, del regolamento. Va premesso che, secondo giurisprudenza costante, qualora gli Stati membri optino per l'introduzione, nel proprio ordinamento interno, dell'eccezione, prevista all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva, al diritto di riproduzione delle copie per uso privato, essi sono tenuti a prevedere la corresponsione di un equo compenso a favore dei titolari del diritto esclusivo di riproduzione (Corte giust. sentenza 5 marzo 2015, causa C-463/12, *Copydan Båndkopi*, EU:C:2015:144). Spetta, in particolare, agli Stati membri determinare le persone che devono versare tale compenso, nonché fissarne la forma, le modalità e l'entità (Corte giust. sentenza 5 marzo 2015, causa C-463/12, cit.).

Il sistema su cui si basa l'equo compenso, la concezione e l'entità di quest'ultimo sono connessi al pregiudizio causato ai titolari di diritti esclusivi di riproduzione per effetto della realizzazione delle copie private, effettuate senza la loro autorizzazione, delle loro opere protette. Il compenso è volto a «risarcire detti titolari e occorre interpretarlo come la contropartita del pregiudizio subito dai titolari medesimi (v., in tal senso, sentenze del 21 ottobre 2010, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, punto 40; del 16 giugno 2011, Stichting de Thuiskopie, C-462/09, EU:C:2011:397, punto 24; dell'11 luglio 2013, Amazon.com International Sales e a., C-521/11, EU:C:2013:515, punto 47; del 10 aprile 2014, ACI Adam e a., C-435/12, EU:C:2014:254, punto 50, nonché del 5 marzo 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, punto 21)». Parimenti l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva impone allo Stato membro che abbia introdotto l'eccezione per copia un obbligo di risultato, nel senso che tale Stato è tenuto a garantire, conformemente alla sua competenza territoriale, l'effettiva riscossione dell'equo compenso per indennizzare il pregiudizio subito dai titolari del diritto esclusivo di riproduzione a causa della riproduzione di opere protette realizzata da utenti finali che risiedono sul territorio di tale Stato.

È vero che la Corte ha interpretato la disposizione nel senso che spetta, in linea di principio, al soggetto che ha causato un pregiudizio al titolare del diritto esclusivo di riproduzione, risarcire il danno finanziando il compenso che sarà corrisposto al titolare medesimo (v. sentenze Corte giust., 11 luglio 2013, causa C-521/11, *Amazon.com International Sales e a.*, EU:C:2013:515; 10 aprile 2014, causa C-435/12, *ACI Adam e a.*, EU:C:2014:254). Ugualmente, la Corte lussemburghese ha riconosciuto che, tenuto conto delle difficoltà pratiche per individuare gli utenti privati nonché per obbligarli a indennizzare i titolari del diritto esclusivo di riproduzione del pregiudizio loro procurato, è consentito agli Stati membri istituire, ai fini del finanziamento dell'equo compenso, un «prelievo per copia privata» a carico non dei soggetti privati interessati, bensì di coloro che dispongono di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale e che conseguentemente, di diritto o di fatto, mettono tali apparecchiature a disposizione dei soggetti privati ovvero rendono loro un servizio di riproduzione. «Nell'ambito di un siffatto sistema, il versamento del prelievo per copia privata incombe quindi ai soggetti che

[3] L'articolo 5 della direttiva 2001/29, prevede, al paragrafo 2 che: «Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: (...) b) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati; (...)».

dispongono di dette apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione (v., segnatamente, sentenze dell'11 luglio 2013, Amazon.com International Sales e a., C-521/11, EU:C:2013:515, punto 24, nonché del 5 marzo 2015, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, punto 23)». Ne segue che l'onere del prelievo incombe in definitiva sull'utente privato che paga tale prezzo, conformemente al «giusto equilibrio» da realizzare tra gli interessi dei titolari del diritto esclusivo di riproduzione e quelli degli utenti di materiali protetti.

Ciò è quanto si verifica nel sistema austriaco che ha introdotto l'eccezione per copia privata, il cui prelievo «è a carico dei soggetti che, da un luogo sito sul territorio nazionale ovvero all'estero, immettono in commercio, a fini commerciali ed a titolo oneroso, supporti di registrazione idonei alla riproduzione (v. sentenza dell'11 luglio 2013, Amazon.com International Sales e a., C-521/11, EU:C:2013:515, punto 26)». In linea di principio, un sistema siffatto consente ai debitori di ripercuotere l'importo di tale prelievo sul prezzo di vendita di tali stessi supporti, di modo che l'onere del prelievo, conformemente all'esigenza del «giusto equilibrio», incombe in definitiva sull'utente privato che paga tale prezzo, supponendo che tale utente sia il destinatario finale.

Quanto alla questione se i giudici austriaci siano competenti a conoscere la domanda dell'Austro-Mechana intesa ad ottenere il pagamento del compenso, in deroga al principio fondamentale enunciato dal regolamento, il quale attribuisce la competenza ai giudici dello Stato membro sul cui territorio il convenuto è domiciliato, sono previste talune attribuzioni di competenze speciali, tra cui quella dell'articolo 5, punto 3, del regolamento medesimo[4]. In tal senso, l'articolo 5, punto 3, del regolamento prevede che la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire. Confermando il proprio orientamento, la Corte afferma che «[l]a norma sulla competenza speciale prevista da detta disposizione va interpretata in maniera autonoma e restrittiva (v. sentenze del 28 gennaio 2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, punto 43, e del 21 maggio 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, punto 37)».

Il giudice dell'Unione ricorda che «la regola di competenza prevista all'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 trova il suo fondamento nell'esistenza di un collegamento particolarmente stretto tra la contestazione e i giudici del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire, che giustifica un'attribuzione di competenza a questi ultimi ai fini della buona amministrazione della giustizia e dell'economia processuale (v. sentenze del 16 maggio 2013, Melzer, C-228/11, EU:C:2013:305, punto 26; del 3 ottobre 2013, Pinckney, C-170/12, EU:C:2013:635, punto 27; del 5 giugno 2014, Coty Germany, C-360/12, EU:C:2014:1318, punto 47; del 22 gennaio 2015, Hejduk, C-441/13, EU:C:2015:28, punto 19, e del 28 gennaio 2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, punto 46)». In materia di illeciti civili dolosi o colposi, infatti, il giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire «è generalmente il più idoneo a pronunciarsi, in particolare per ragioni di prossimità alla controversia e di facilità di assunzione delle prove (v. sentenze del 25 ottobre 2012, Folien Fischer e Fofitec, C-133/11, EU:C:2012:664, punto 38; del 16 maggio 2013, Melzer, C-228/11, EU:C:2013:305, punto 27; del 18 luglio 2013, ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, punto 50, e del 21 maggio 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, punto 40)».

Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di «materia di illeciti civili dolosi o colposi» comprende qualsiasi domanda che miri a coinvolgere la responsabilità di un convenuto e che non si ricolleghi alla «materia contrattuale» di cui all'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento[5]. Occorre pertanto esaminare, in primo luogo, se la domanda della Austro-Mechana ricade nella «materia contrattuale», ai sensi di detta disposizione. A tal riguardo, la Corte ha statuito che la conclusione di un contratto non costituisce una condizione di applicazione dell'articolo 5, punto 1, del regolamento, in quanto è indispensabile ai fini della sua applicazione individuare un'obbligazione, dato che in forza di tale disposizione la competenza giurisdizionale è determinata in relazione al luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita. Quindi, la nozione di "materia contrattuale" «non può essere intesa nel senso che riguarda una situazione in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra (v. sentenza del 14 marzo 2013, Česká spořitelna, C-419/11, EU:C:2013:165, punto 46)».

Nel procedimento principale, l'obbligo di pagamento all'Austro-Mechana dell'equo compenso, non è stato liberamente concesso da Amazon, bensì è stato imposto ad essa dal legislatore austriaco in ragione dell'immissione in commercio, a fini commerciali ed a titolo oneroso, di supporti di registrazione idonei alla riproduzione di opere o di oggetti protetti. Ne risulta che la domanda dell'Austro-Mechana, volta a ottenere il pagamento di detto compenso, non si ricollega alla «materia contrattuale» ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento.

[4] Corte giust. 16 maggio 2013, causa C-228/11, *Melzer*, EU:C:2013:305; 3 ottobre 2013, causa C-170/12, *Pinckney*, EU:C:2013:635; 5 giugno 2014, causa C-360/12, *Coty Germany*, EU:C:2014:1318; 22 gennaio 2015, causa C-441/13, *Hejduk*, EU:C:2015:28.

[5] Corte giust. sentenze 27 settembre 1988, causa 189/87, *Kalfelis*, EU:C:1988:459; 13 marzo 2014, causa C-548/12, *Brogsitter*, EU:C:2014:148; 28 gennaio 2015, causa C-375/13, *Kolassa*, EU:C:2015:37.

In secondo luogo, occorre determinare se una domanda come quella oggetto della causa principale mira a coinvolgere la responsabilità di un convenuto, ai sensi della giurisprudenza UE. Ciò si verifica quando un "evento dannoso" ai sensi dell'articolo 5, punto 3, del regolamento sia imputabile al convenuto. Infatti, la responsabilità in materia di illeciti civili dolosi o colposi non può esistere se non a condizione che sia possibile accertare un nesso causale fra il danno e il fatto dal quale esso trae origine. Nella specie, l'azione proposta dall'Austro-Mechana è intesa a conseguire il risarcimento del danno conseguente al mancato pagamento, da parte di Amazon, del compenso previsto dal diritto nazionale. A tal riguardo, occorre ricordare che l'«equo compenso» di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva è volto a risarcire i titolari del danno risultante dalle copie private, effettuate senza la loro autorizzazione, delle loro opere protette, sicché occorre interpretarlo come la contropartita del pregiudizio subito dai titolari, risultante da detta copia, non autorizzata dagli stessi. Pertanto, la mancata percezione, da parte dell'Austro-Mechana, del compenso costituisce un evento dannoso, ai sensi del regolamento dell'Unione.

Orbene, l'Austro-Mechana censura a Amazon non di immettere in commercio supporti di registrazione sul territorio austriaco, ma di non rispettare l'obbligo di pagare detto compenso, che incombe ad essa in forza del diritto nazionale. In tal senso, la domanda dell'Austro-Mechana è intesa a coinvolgere la responsabilità di un convenuto, poiché tale domanda si fonda sulla violazione, da parte di Amazon, delle disposizioni austriache che le impongono tale obbligo e detta violazione costituisce un illecito che provoca un danno all'Austro-Mechana. Conseguentemente, tale domanda ricade nella sfera di applicazione dell'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001. Ne deriva che, se l'evento dannoso in oggetto nel procedimento principale è avvenuto o può avvenire in Austria, elemento che spetta al giudice del rinvio determinare, i giudici di detto Stato membro sono competenti a conoscere la domanda dell'Austro-Mechana. In definitiva, l'articolo 5, punto 3, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, va interpretato nel senso che una domanda volta a ottenere la corresponsione di un compenso dovuto ai sensi di una normativa nazionale, che attua il sistema di «equo compenso», previsto dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, rientra nella «materia di illeciti civili dolosi o colposi», ai sensi dell'articolo 5, punto 3, del menzionato regolamento.

Ordinamento giudiziario

La riforma della magistratura onoraria 516
di Domenico Pagliuca

Domenico Pagliuca
Avvocato

La riforma della magistratura onoraria

abstract

En este trabajo se quiere proporcionar un análisis lo más específico y detallado posible de la reciente intervención reguladora (Ley 57/2016) que tiene por objeto llevar a cabo la reforma integral del poder judicial honorífico, devenida casi indispensable para la realización de la actividad judicial de primer grado; esta acción se inserta plenamente dentro del proyecto de modernización del sistema judicial que Gobierno y el Parlamento están llevando a cabo con el fin de hacer al sistema de justicia – mediante la reducción de la duración de los procedimientos – más eficiente.

keywords

Reform – Judicial honorífico – Nueva habilidad.

abstract

Quest'elaborato vuole fornire una quanto più specifica e dettagliata analisi del recentissimo intervento normativo (la Legge n. 57 del 2016) che ha come obiettivo quello di attuare la riforma organica della magistratura onoraria, divenuta quasi indispensabile per lo svolgimento dell'attività giudiziaria di primo grado; di quel provvedimento che si inserisce a pieno titolo nel progetto di modernizzazione del sistema giudiziario che Governo e Parlamento stanno portando avanti al fine di rendere il sistema giustizia, attraverso la riduzione dei tempi dei processi, più efficiente.

parole chiave

Riforma – Giudici onorari – Nuova competenza.

sommario

Premessa. – 1. Scopo della riforma. – 2. I punti principali della riforma.

Premessa

Nella seduta del 28 aprile 2016 la Camera dei deputati ha approvato in via definitiva il disegno di legge, di iniziativa governativa (del Ministro della Giustizia Orlando di concerto con il Ministro delle Economie e delle finanze Padoan), già approvato dal Senato (Atto Senato: 1738), recante «Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace».

La legge delega n. 57 del 2016 è stata pubblicata su Gazzetta Ufficiale n. 99 del 29 aprile 2016 e, con i suoi **nove articoli,** entrerà in vigore il 14.05.2016.

Il Governo è delegato ad adottare, entro la data del 14.05.2016, uno o più decreti legislativi diretti:

a) ad unificare la figura del giudice onorario, prevedendo:
- una unica figura di giudice onorario, inserito in un solo ufficio giudiziario;
- la figura del magistrato requirente onorario, inserito nell'ufficio della procura della Repubblica;

b) a predisporre uno statuto unico della magistratura onoraria, applicabile ai giudici di pace, ai giudici onorari di tribunale e ai vice procuratori onorari, e quindi:
- a disciplinare i requisiti e le modalità di accesso alla magistratura onoraria, il procedimento di nomina ed il tirocinio;
- ad operare la ricognizione ed il riordino della disciplina relativa alle incompatibilità all'esercizio delle funzioni di magistrato onorario;
- a disciplinare le modalità di impiego dei magistrati onorari all'interno del tribunale e della procura della Repubblica;
- a disciplinare il procedimento di conferma del magistrato onorario e la durata massima dell'incarico;
- a regolamentare il procedimento di trasferimento ad altro ufficio;
- ad individuare i doveri e i casi di astensione del magistrato onorario;
- a regolamentare i casi di decadenza dall'incarico, revoca e dispensa dal servizio;
- a regolamentare la responsabilità disciplinare;

c) a regolamentare l'organizzazione della magistratura onoraria, e quindi:
- a prevedere e regolamentare il potere del presidente del tribunale di coordinare i giudici onorari;
- a prevedere una sezione autonoma del Consiglio giudiziario con la partecipazione di magistrati onorari elettivi;

d) a regolamentare la retribuzione dei magistrati onorari prevedendo i criteri di liquidazione delle indennità;

e) a disciplinare la formazione della magistratura onoraria, operando la ricognizione ed il riordino della disciplina in materia di formazione professionale;

f) ad individuare nuove specifiche competenze della magistratura onoraria;

g) a prevedere un regime transitorio per i magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega.

1. Scopo della riforma

L'intervento normativo in esame si propone di attuare la riforma organica della magistratura onoraria, imposta, come è noto, dall'articolo 245 del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 (come modificato dall'articolo 1 del d.l. 30 maggio 2008, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008, n. 127), che stabilisce che le disposizioni dell'ordinamento giudiziario che consentono l'utilizzo di giudici onorari di tribunale (got) e di vice procuratori onorari (vpo) si applicano fino a quando non sarà attuato il complessivo riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria, e comunque non oltre il 31 dicembre 2009.

Esaminando, in particolare, i lavori preparatori, si comprende, con sufficiente chiarezza, che l'intervento normativo ha come obiettivo quello di attuare la predetta riforma muovendosi lungo tre direttrici fondamentali:

1) predisposizione di uno statuto unico della magistratura onoraria, applicabile, come già anticipato, ai giudici di pace, ai giudici onorari di tribunale e ai vice procuratori onorari.

Si tratta, cioè, di prevedere una disciplina omogenea relativamente alle modalità di accesso, alla durata dell'incarico, al tirocinio, alla necessità di conferma periodica, alla responsabilità disciplinare, alla modulazione delle funzioni (con l'attribuzione ai magistrati onorari sia di compiti di supporto all'attività dei magistrati professionali sia di funzioni propriamente giudiziarie), alla formazione e ai criteri di liquidazione dei compensi.

Attualmente, le norme che disciplinano la magistratura onoraria sono infatti molteplici e tra loro eterogenee. In particolare, per i giudici di pace operano le disposizioni di cui alla l. 21 novembre 1991, n. 374, istitutiva appunto del giudice di pace; per i giudici onorari di tribunale e per i vice procuratori onorari vigono, invece, gli articoli 42-*ter* e seguenti del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (cosiddetto Ordinamento Grandi).

Le differenze più importanti riguardano i requisiti di accesso, le incompatibilità e soprattutto i criteri di determinazione delle indennità.

Con la riforma in esame si intende, quindi, superare questo assetto e predisporre uno statuto unico della magistratura onoraria;

2) riorganizzazione dell'ufficio del giudice di pace, che sarà composto anche dagli attuali giudici onorari di tribunale e sarà assoggettato al coordinamento del presidente del tribunale, ferma restando la sua natura di ufficio distinto rispetto al tribunale; si dovranno prevedere inoltre momenti di stretto collegamento con il tribunale, costituiti, in particolare, dalla formazione delle tabelle da parte del presidente del tribunale e dalla previsione di periodiche riunioni dirette a favorire lo scambio di esperienze giurisprudenziali e di esperienze innovative;

3) rideterminazione del ruolo e delle funzioni dei giudici onorari e dei vice procuratori onorari, attribuendo loro anche la possibilità di svolgere compiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legislazione vigente ed in particolare attività volte a coadiuvare il magistrato professionale, svolte all'interno di strutture organizzative costituite presso il tribunale e la procura della Repubblica presso il tribunale, denominate "ufficio per il processo".

Ad onor del vero, è possibile affermare, analizzando sempre i lavori preparatori, che altro obiettivo principe della riforma è proprio quello di apprestare una compiuta regolamentazione del ruolo della magistratura onoraria all'interno del cosiddetto "ufficio per il processo", introdotto dall'articolo 50 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), con la previsione che di esso fanno parte anche i giudici onorari.

L'intervento riformatore muove dalla considerazione che il giudice è l'unico professionista a non essere dotato di assistenza costante e qualificata nell'espletamento delle sue attività.

Si è inteso quindi adottare una scelta organizzativa improntata alla creazione di una vera e propria struttura tecnica, partecipata anche da personale amministrativo, in grado di affiancare il giudice in una serie di compiti e attività, in questo prendendo a modello anche le esperienze degli altri ordinamenti stranieri, dove una tale figura già da tempo esiste (Austria, Polonia, Olanda, Francia, Stati Uniti).

Altro obiettivo della riforma va individuato, poi, nell'intento del nostro legislatore di riservare al giudice professionale, in via tendenzialmente esclusiva, la decisione delle cause vertenti nelle materie assegnate alla competenza del tribunale, perché sono le controversie di maggiore delicatezza e complessità. L'obiettivo viene perseguito attraverso l'ampliamento della competenza del giudice di pace (assegnando materie di maggiore semplicità), nonché prevedendo che di regola il giudice onorario sia impiegato in funzione di supporto della magistratura professionale. Questa attività di ausilio si espleta sia mediante lo svolgimento di attività preparatorie all'esercizio delle funzioni giurisdizionali dei giudici professionali, sia attraverso l'istituto della delega, governata dalla direttive del giudice professionale delegante, che consente una estrema flessibilità ed efficienza nella gestione del ruolo, perché da un lato permette l'aumento di produttività valorizzando la professionalità dei giudici onorari e, dall'altro, acce-

lera l'adozione dei provvedimenti in quanto evita che anche per le questioni più semplici i provvedimenti debbano essere controllati dal giudice professionale.

Infine, ulteriore obiettivo della riforma consiste nel prevedere l'individuazione e la regolazione di un regime previdenziale ed assistenziale compatibile con la natura onoraria dl'incarico, prevedendo l'acquisizione delle risorse finanziarie necessarie a tal fine mediante misure incidenti sull'indennità, senza oneri gravanti sulla finanza pubblica.

Insomma, la riforma si inserisce in quel disegno di modernizzazione del sistema giudiziario che Governo e Parlamento stanno portando avanti in modo organico con gli altri interventi di riforma della legge processuale, civile e penale, e della legge penale.

L'obiettivo finale, ovviamente, è quello di rendere i processi (e quindi il servizio giustizia) più celeri e più efficienti, anche attraverso la creazione di una nuova figura di magistrato onorario, soggetta all'osservazione degli stessi doveri deontologici e dei medesimi obblighi di formazione, diligenza e produttività del magistrato togato.

La figura del magistrato onorario, il cui impiego nel nostro sistema giudiziario è una realtà più che consolidata, dismette – potremmo dire definitivamente – le vesti di figura "supplente" al giudice professionale.

La figura del magistrato supplente o di colui che integri in tutto o in parte una magistratura ordinaria (che – purtroppo – non è in grado da sola di far fronte al quotidiano sforzo di amministrare la giustizia), non era più concepibile. Ciò spiega il perché quella che si intende attuare è una riforma largamente condivisa.

Era da tempo invocata una riforma che prevedesse la figura del magistrato onorario come una figura stabile inquadrata nell'organigramma della giustizia che consenta a coloro i quali siano investiti di questa carica, altamente responsabile, di svolgere il proprio ruolo in maniera serena e imparziale.

2. I punti principali della riforma

Vediamo, in sintesi, quali sono i punti principali della riforma:

Il nuovo giudice onorario (il Gop: Giudice Onorario di Pace)

Il provvedimento in questione delega il governo a prevedere, tramite l'emanazione di appositi decreti legislativi, una unica figura di giudice onorario, denominata Gop (Giudice onorario di pace), inserito in un unico ufficio, oltre alla figura del magistrato requirente onorario inserito nell'ufficio della procura della Repubblica.

I vice procuratori onorari (vpo) saranno inseriti in apposite articolazioni presso le procure della Repubblica ("ufficio dei vice procuratori onorari") presso i tribunali ordinari.

Insomma, la riforma dovrà portare al superamento dell'attuale distinzione tra «giudici di pace», ex Legge 21 novembre 1991, n. 374, e «giudici onorari di tribunale», ex articolo 42-*ter* e seguenti dell'Ordinamento Giudiziario, per creare una unica figura denominata «giudice onorario di pace».

Accesso più selettivo

Sono previsti criteri di accesso – alla magistratura onoraria – più selettivi, a partire dal titolo di studio di base richiesto, la laurea in giurisprudenza (conseguita a seguito di corso universitario di durata non inferiore a quattro anni), sino ai requisiti, al procedimento di nomina e al tirocinio.

In particolare, il Governo dovrà:

a) disciplinare i requisiti e le modalità di accesso alla magistratura onoraria, prevedendo, tra l'altro, i requisiti:

1) della cittadinanza italiana;

2) del possesso dei diritti civili e politici;

3) di non aver riportato condanne per delitti non colposi o a pena detentiva per contravvenzione e di non essere stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza, salvi gli effetti della riabilitazione;

4) della onorabilità, anche con riferimento alle sanzioni disciplinari eventualmente riportate;

5) della idoneità fisica e psichica;

6) dell'età non inferiore a ventisette anni e non superiore a sessanta anni;

7) della professionalità;

8) dell'aver conseguito la laurea in giurisprudenza a seguito di corso universitario di durata non inferiore a quattro anni;

b) prevedere i titoli preferenziali per la nomina a magistrato onorario, in particolare a favore:

1) di coloro che hanno esercitato funzioni giudiziarie a titolo onorario;

2) di coloro che svolgono o hanno svolto la professione di avvocato;

3) di coloro che svolgono o hanno svolto la professione di notaio;

4) di coloro che insegnano o hanno insegnato materie giuridiche presso le università;

c) prevedere che a parità di titolo preferenziale abbia precedenza chi ha la più elevata anzianità professionale e che, in caso di ulteriore parità, abbia la precedenza chi ha minore età anagrafica;

Ulteriore novità riguarda la preclusione all'accesso, anche se in possesso dei titoli previsti, per chi è stato collocato in pensione.

La competenza ad emettere il bando del concorso (per titoli) per l'accesso alla magistratura onoraria è attribuita alla sezione autonoma del Consiglio giudiziario (da istituire). La stessa sarà competente anche ad istruire e valutare, previa acquisizione del parere dell'organo istituzionale al quale l'istante risulti eventualmente iscritto, le domande e, all'esito, a trasmettere al Consiglio superiore della magistratura le proposte

di ammissione al tirocinio sulle quali delibera il Consiglio superiore medesimo.

Il nuovo magistrato onorario dovrà svolgere, inoltre, senza percepire alcuna indennità, un periodo di tirocinio presso un magistrato professionale affidatario. All'esito la sezione autonoma del Consiglio giudiziario formulerà un giudizio di idoneità e proporrà una graduatoria degli idonei per la nomina a magistrati onorari.

Incompatibilità

La riforma opera poi la ricognizione e il riordino della disciplina relativa alle incompatibilità circa l'esercizio delle funzioni del magistrato onorario.

In base alla nuova legge, infatti, gli avvocati non potranno svolgere le funzioni onorarie nel circondario del tribunale nel quale esercitano la professione forense. Inoltre non potranno esercitare le funzioni di giudice di pace coloro che ricoprono o che hanno ricoperto, nei tre anni antecedenti alla domanda, incarichi direttivi o esecutivi nelle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, e coloro che svolgono abitualmente l'attività professionale per conto di imprese di assicurazione o bancarie, ovvero per istituti o società di intermediazione finanziaria, oppure hanno il coniuge, i conviventi, i parenti fino al secondo grado o gli affini entro il primo grado che svolgono abitualmente tale attività nel circondario in cui il giudice di pace esercita le funzioni giudiziarie.

Nuova è pure la disposizione che consente ai magistrati onorari di svolgere la professione davanti al tribunale per minorenni, al tribunale penale militare, ai giudici amministrativi e contabili e alle commissioni tributarie.

Ampliamento delle competenze.

La riforma non si limita ad operare un restyling globale del settore istituendo la nuova e unica figura del Gop.

Punto nevralgico della riforma è, infatti, l'ampliamento della competenza dei giudici onorari.

La riforma sancisce, in particolare, nuove e più ampie competenze per i giudici onorari sia in materia civile che penale.

Sul fronte delle **competenze civili** le principali novità riguardano:

- l'attribuzione dei procedimenti di volontaria giurisdizione in materia di condominio;
- l'attribuzione dei procedimenti di volontaria giurisdizione in materia successoria e di comunione di minore complessità quanto all'attività istruttoria e decisoria;
- l'estensione della competenza per valore fino a 30 mila euro (dai 5 mila attuali) e per i sinistri stradali fino a 50 mila euro (oggi è 30 mila);
- l'assegnazione dei procedimenti di espropriazione mobiliare presso il debitore e di espropriazione di cose del debitore in possesso di terzi; il giudice di pace dovrà comunque seguire le direttive di un giudice togato indicato dal presidente del tribunale;
- la possibilità di decidere secondo equità tutte le cause di valore fino a 2.500 euro (oggi il limite è di 1.100 euro).

Sul piano della **competenza penale,** invece, saranno attribuite al giudice di pace nuove fattispecie di reato:

- la minaccia (articolo 612, commi 1 e 2, del Codice penale, salvo che sussistano altre circostanze aggravanti);
- il furto perseguibile a querela (articolo 626 del Codice penale);
- il rifiuto di prestare le proprie generalità (articolo 651 del Codice penale);
- l'abbandono di animali (articolo 727 del Codice penale);
- le contravvenzioni riguardante specie animali e vegetali selvatiche protette (articolo 727-*bis* del Codice penale) ed i fitofarmaci e i presidi delle derrate alimentari (articolo 6 della legge n. 283/1962).

Durata dell'incarico

L'incarico di magistrato onorario dovrà avere natura imprescindibilmente temporanea. Precisamente:

- la durata dell'incarico di magistrato onorario è stabilita in quattro anni, rinnovabile per una sola volta in caso di accertata idoneità a svolgere le funzioni e sempre che non abbia riportato più sanzioni disciplinari o la sanzione disciplinare della sospensione; per chi invece sarà già in servizio all'entrata in vigore del decreto delegato il limite massimo è di quattro quadrienni;
- la conferma è disposta cin decreto del Ministero della Giustizia, previa deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura, sulla base del giudizio di idoneità formulato dalla sezione autonoma del Consiglio giudiziario (da istituire), dopo aver acquisito i pareri dei presidenti di tribunale o dei procuratori della Repubblica, nonché dei consigli dell'ordine degli avvocati nei cui circondari il magistrato onorario ha esercitato le sue funzioni;
- al termine dei due mandati a regime, lo svolgimento delle funzioni di magistrato onorario costituirà titolo preferenziale per l'accesso tramite concorso nella pubblica amministrazione.

La responsabilità disciplinare

Il provvedimento indica i principi e i criteri direttivi di delega per dettare la disciplina della responsabilità disciplinare, con l'individuazione delle fattispecie di illeciti, le sanzioni e la procedura per la loro applicazione.

Il Governo dovrà individuare, in altri termini, le fattispecie di illecito disciplinare e regolare il procedimento di applicazione.

Trasferimento ad altro ufficio

Il provvedimento normativo in esame detta anche principi e criteri di delega per regolamentare il procedimento di trasferimento ad altro ufficio.

Con tali disposizioni, che riguardano l'intera magistratura onoraria, viene demandato al legislatore delegato il compito di regolare il trasferimento a domanda del magistrato onorario, procedura attualmente possibile in riferimento al solo giudice di pace.

Altra novità è che si rende possibile il trasferimento d'ufficio del magistrato onorario per "esigenze organizzative oggettive" dei tre uffici giudiziari di svolgimento dell'incarico (ufficio del giudice di pace, tribunale e Procura).

Astensione e decadenza

Sono individuati nella delega i doveri e i casi di astensione del magistrato onorario. Inoltre sono stabiliti i casi di decadenza dall'incarico, revoca e dispensa dal servizio. In relazione alla decadenza e dispensa si prevede l'applicazione all'intera magistratura onoraria della disciplina prevista per i giudici di pace (articolo 9 della Legge n. 374 del 1991). Con esclusione delle ipotesi di dimissioni volontarie del magistrato onorario, si prevede che la dichiarazione di decadenza, dispensa e revoca dal servizio sia di competenza della sezione autonoma della magistratura onoraria del Consiglio giudiziario che, previa istruttoria, la deve trasmettere al CSM affinché provveda sulla dichiarazione.

Coordinamento. Più poteri al presidente del Tribunale

Uno dei profili di maggior rilievo del provvedimento è l'attribuzione del potere del presidente del tribunale di coordinare i Gop.

La riforma prevede anzitutto l'attribuzione al presidente del tribunale, in sede di coordinamento dell'ufficio unico, di provvedere alla gestione complessiva del personale sia di magistratura (gli attuali Got e giudici di pace) che amministrativo.

In particolare, l'articolo 5 – innovando radicalmente l'articolo 15 della legge istitutiva del giudice di pace (che prevedeva la figura del «Coordinatore dell'ufficio del giudice di pace», individuandolo nel magistrato onorario di maggiore anzianità di servizio, cui competeva altresì una «indennità di presenza mensile») – affiderà il «Coordinamento dell'ufficio del giudice di pace» al presidente del tribunale, «il quale, come detto, provvede a tutti i compiti di gestione del personale di magistratura ed amministrativo».

L'assegnazione degli incarichi

L'assegnazione degli affari ai giudici onorari di pace dovrà avvenire in base ai criteri stabiliti dal presidente del tribunale in sede tabellare e mediante il ricorso a procedure automatiche.

In considerazione della gravosità dei nuovi compiti, è previsto che il presidente del tribunale possa avvalersi altresì dell'ausilio di giudici professionali.

La formazione

Altro obiettivo della delega è quello di operare la ricognizione e il riordino della disciplina in materia di formazione professionale.

E prevista la partecipazione dei giudici di pace e dei giudici onorari di tribunale alle riunioni trimestrali organizzate dal presidente del tribunale o da un giudice professionale da lui delegato, per l'esame delle questioni giuridiche più rilevanti di cui abbiano curato la trattazione, per la discussione delle soluzioni adottate e per favorire lo scambio di esperienze giurisprudenziali e di prassi innovative; alle predette riunioni partecipano anche i giudici professionali.

I vice procuratori onorari dovranno partecipare alle riunioni trimestrali organizzate dal procuratore della Repubblica o da un magistrato professionale da lui delegato, per l'esame delle questioni giuridiche più rilevanti di cui abbiano curato la trattazione, per la discussione delle soluzioni adottate e per favorire lo scambio di esperienze giurisprudenziali e di prassi innovative; alle predette riunioni partecipano anche i magistrati professionali.

È prevista, inoltre, l'organizzazione di corsi di formazione decentrata con cadenza almeno semestrale specificamente dedicati ai giudici di pace, ai giudici onorari di tribunale e ai vice procuratori onorari, secondo programmi indicati dalla Scuola superiore della magistratura.

La partecipazione alle riunioni trimestrali e alle iniziative di formazione è, ovviamente, obbligatoria. La mancata partecipazione senza giustificato motivo alle suddette riunioni e iniziative di formazione è valutata negativamente ai fini della conferma nell'incarico.

Le indennità e la previdenza

L'indennità per tutti i magistrati onorari sarà costituita da una parte fissa e da una variabile, che saranno legate essenzialmente al raggiungimento degli obiettivi, tenendo conto della media di produttività dell'ufficio.

In particolare, il Governo, nell'esercizio della delega, dovrà:

- prevedere che l'indennità dei magistrati onorari sarà composta di una parte fissa e di una parte variabile;
- prevedere l'attribuzione ai giudici onorari di pace, per i compiti svolti all'interno dell'ufficio del processo, e quindi di supporto all'attività del giudice professionale, di una parte fissa dell'indennità in misura inferiore a quella prevista per l'esercizio di funzioni giurisdizionali;
- prevedere l'attribuzione ai vice procuratori onorari, per i compiti svolti all'interno della struttura orga-

nizzativa da costituire all'interno della procura della Repubblica, e quindi di supporto all'attività del magistrato professionale, di una parte fissa dell'indennità in misura inferiore a quella prevista per lo svolgimento di compiti di natura giudiziaria;

- prevedere che quando il magistrato onorario svolge più compiti e funzioni tra quelli normativamente previsti sia corrisposta la parte fissa dell'indennità riconosciuta per le funzioni o i compiti svolti in via prevalente;
- prevedere che in favore dei magistrati onorari che raggiungono nell'anno solare gli obiettivi fissati dal presidente del tribunale e dal procuratore della Repubblica, secondo criteri obiettivi e predeterminati fissati in via generale dal Consiglio superiore della magistratura, in un apposito provvedimento, deve essere corrisposta la parte variabile dell'indennità in misura non inferiore al 15 per cento e non superiore al 50 per cento della parte fissa, anche in relazione al grado di raggiungimento degli obiettivi;
- prevedere che, al termine dell'anno, il presidente del tribunale e il procuratore della Repubblica, verificato il raggiungimento degli obiettivi, adottano uno specifico provvedimento per la liquidazione della parte variabile dell'indennità.

Dunque, la quota variabile dell'indennità, o per meglio dire la quota incentivante, è subordinata al raggiungimento degli obiettivi fissati dal presidente del tribunale e dal procuratore della Repubblica, al fine di incentivare, appunto, la produttività dei magistrati onorari.

Sul piano previdenziale dovrà essere individuato e regolato un regime previdenziale e assistenziale compatibile con la natura onoraria dell'incarico, senza oneri per la finanza pubblica.

Le risorse necessarie dovranno essere acquisite attingendo al capitolo di bilancio destinato alla copertura delle spese necessarie per la corresponsione delle indennità.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
La professione intellettuale ed il fenomeno di impresa alla luce del diritto "euronitario": il labile confine fra decoro della professione e principio di libera concorrenza a seguito della sentenza del Consiglio di Stato, 22.03.2016, n. 11064 524
di Alba De Bernardo e Daniele Graziano

Diritto penale
La responsabilità di un portale online per la pubblicazione di un post offensivo all'interno di un forum 528
di Giacomo Romano

Diritto processuale amministrativo
L'ordinanza collegiale emanata, in fase cautelare, dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. ai fini della celere fissazione dell'udienza di merito: risvolti pratici dell'istituto 534
di Elia Scafuri

Alba De Bernardo e Daniele Graziano
Avvocati

Diritto civile

La professione intellettuale ed il fenomeno di impresa alla luce del diritto "euronitario": il labile confine fra decoro della professione e principio di libera concorrenza a seguito della sentenza del Consiglio di Stato, 22.03.2016, n. 11064.

abstract

In the new european context, structural distinction made by the national legislature between intellectual profession and business phenomenon seems to be faltering.

Taking on board the European notion of "enterprise" and "public body", the supreme organ of administrative justice has come recently, to provide an elastic profession's notion of the Lawyers Professional Order, the Consiglio Nazionale Forense, qualifiable, in relation to acts adopted in practice, as a business association, whose determinations may be qualified as suitable decisions to affect the economic behavior of the professional activity carried out by lawyers (in practical case the CNF had censored an advertising mode considers contrary to decorum and dignity of the profession). As in the case of such premises, is applicable both the civil code rules on unfair competition (art. 2598 et seq. of civil code) as the European regulations on the free market protection (Art. 101 T.F.U.E.).

It appears, therefore, sustainable admit an abstract, general and mechanical extension to the intellectual professions of competition law or, in this way, would lead inexorably to overlook the characteristics and peculiarities of intellectual activities and the specific situations in which they are exercised?

keywords

Professional order – Free-competition – Intellectual profession.

abstract

Nel nuovo contesto "euronitario", la strutturale distinzione operata dal legislatore nazionale tra professione intellettuale e fenomeno di impresa sembra vacillare.

Facendo propria la nozione europea di "impresa" e di "ente pubblico", il supremo organo della giustizia amministrativa è giunto, di recente, a fornire una nozione elastica dell'Ordine professionale degli Avvocati, il Consiglio Nazionale Forense, qualificabile, in relazione agli atti in concreto adottati, come un'associazione di imprese, le cui determinazioni possono qualificarsi come decisioni idonee ad incidere sul comportamento economico dell'attività professionale svolta dagli avvocati (nel caso di specie il CNF aveva censurato una modalità pubblicitaria ritenuta contraria al decoro e alla dignità della professione). Alla stregua di tali premesse, troverebbe applicazione tanto la disciplina codicistica in materia di concorrenza sleale (artt. 2598 e ss.c.c.) quanto la normativa europea in tema di tutela del libero mercato (art. 101 T.F.U.E.).

Appare, dunque, sostenibile ammettere un'astratta, generale e meccanica estensione alle professioni intellettuali del diritto della concorrenza oppure, in tal modo, si giungerebbe inesorabilmente a trascurare le caratteristiche e le peculiarità delle attività intellettuali e delle specifiche situazioni in cui le stesse vengono esercitate?

parole chiave

Ordine professionale – Libera concorrenza – Professione intellettuale.

Il rapporto tra la professionale intellettuale e l'attività di impresa e il conseguente complesso coordinamento normativo tra discipline civilistiche non sempre agevolmente distinguibili, costituisce da tempo una *vexata quaestio* che ha severamente impegnato – e impegna tuttora – gli interpreti del diritto.

Il quadro normativo nazionale, apparentemente chiaro ed inequivoco, risulta ispirato ad una netta separazione, con riguardo alle disposizioni applicabili, fra imprenditore e esercente una professione intellettuale. Tale scelta riposa nella particolare considerazione sociale che tradizionalmente circonda le professioni intellettuali e che ha indotto il legislatore a dettare per le stesse uno statuto specifico (artt. 2229-2238 c.c.). La normativa codicistica (art. 2238, comma 1, c.c.), inoltre, chiarisce anche quando e a che condizioni le disposizioni del Titolo II del Libro V, ossia quelle che regolano l'impresa, si applicano ai professionisti, ovvero unicamente nell'ipotesi in cui l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa.

Tale impostazione ha vacillato – e vacilla tuttora – alla luce di un contesto normativo "euronitario" che propende vigorosamente verso una nozione di impresa intesa in senso più ampio, segnatamente economistico -funzionale, tale da non escludere dal suo novero le professioni intellettuali.

Secondo il diritto dell'Unione Europea, infatti, si definisce impresa qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e a prescindere dalle sue attività di finanziamento" e costituisce attività economica «l'offerta, in un determinato mercato, di beni o servizi, dietro corrispettivo, al fine di ottenere un profitto», sulla scorta della definizione fornita dalla Commissione Europea nel Libro Verde sui servizi di interesse generale (cfr. par. 44 del Libro Verde sui servizi di interesse generale, Bruxelles, 21.05.2003).

Appare evidente, pertanto, che il diritto "euronitario" abbia inteso a chiare lettere ricomprendere nella nozione di impresa anche l'attività del professionista intellettuale, disancorata dai rigidi e apparentemente invalicabili canoni sanciti dalla disciplina codicistica nazionale.

L'aspetto nodale di tale fattispecie risiede, con riferimento alla questione all'odierno vaglio, nella difficoltosa regolamentazione del gioco della concorrenza tra professionisti e nella libertà di cui dispongono questi ultimi nel poter adoperare ogni mezzo ritenuto necessario al fine di promuovere, pubblicizzare ed offrire liberamente sul mercato le proprie prestazioni d'opera intellettuale.

Del resto, non può non rilevarsi che il legislatore nazionale, nell'adeguarsi sommessamente al quadro normativo dell'Unione Europea, si stia sempre di più spingendo verso una "imprenditorializzazione" del sistema delle professioni intellettuali, con tutto ciò che ne consegue, anche in termini di scelte promozionali e comunicative dei professionisti, sulle quali, tuttavia, incombono indefettibili principi deontologici di correttezza, trasparenza, veridicità, volti alla tutela del decoro e della dignità della professione.

Con una recentissima pronuncia, la sentenza n. 11064 del 22 marzo 2016, il Consiglio di Stato, sezione sesta giurisdizionale, ha fornito una innovativa e dirompente lettura delle problematiche interpretative *supra* riportate, con riferimento ad un contenzioso avente ad oggetto asserite condotte lesive della concorrenza e del libero mercato da parte del Consiglio Nazionale Forense.

In particolare, con provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito: AGCM) accertava che «il Consiglio Nazionale Forense, in violazione dell'art. 101 del T.F.U.E., ha posto in essere un'infrazione unica e continuata, restrittiva della concorrenza, consistente nell'adozione di due decisioni volte a limitare l'autonomia dei professionisti rispetto alla determinazione del proprio comportamento economico sul mercato, stigmatizzando quale illecito disciplinare la richiesta di compensi inferiori ai minimi tariffari (circolare n. 22-C/2006) e limitando l'utilizzo di un canale promozionale e informativo attraverso il quale si veicola anche la convenienza economica della prestazioni professionali (parere n. 48/2012)».

Le censure mosse dal CNF avverso tale provvedimento, dinanzi al Tar Lazio in prime cure – ove trovavano parziale accoglimento – e successivamente proposte in sede d'appello, si incentravano da un lato sull'impossibilità di ascrivere il Consiglio Nazionale Forense, ente pubblico su base associativa, al *genus* delle "associazione di imprese", dall'altro sulla indefettibilità del limite del decoro e della dignità professionale nell'espletamento di attività promozionali e pubblicitarie dei servizi offerti dagli avvocati.

Con riferimento al primo aspetto, deve necessariamente riportarsi un ormai consolidato orientamento dei giudici amministrativi[1] nell'intendere in senso "elastico, funzionale e cangiante" la nozione di ente pubblico, così come elaborata dal diritto "euronitario", secondo cui può ammettersi ormai agevolmente che «uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica».

Emerge, infatti, dallo stesso testo della sentenza in commento che «il CNF, a seconda degli ambiti in cui interviene, può svolgere "attività amministrativa", "giurisdizionale" e "di impresa». Nella stessa direzione sembra indirizzarsi in maniera decisa la stessa giurisprudenza della C.G.U.E., secondo cui la nozione di impresa europea include anche le professioni intellettuali e, conseguentemente, gli ordini professionali, qualificabili, per finalità e organizzazione, come un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 T.F.U.E.

I Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, nella fattispecie concreta, il CNF abbia adottato atti che, per contenuto, non possono che definirsi "decisioni di imprese", poiché finalizzate ad incidere consistentemente sul comportamento economico dell'attività professionale svolta dagli avvocati.

A parere di chi scrive, la soluzione andrebbe ricercata nell'individuazione di ciò che appartiene alle prerogative delle istituzioni pubbliche nazionali per quanto concerne sia la definizione delle funzioni e dei compiti propriamente pubblici, ovvero la modulazione dei confini tra pubblico e privato, sia le scelte in ordine ai modelli organizzativi da assumere per lo svolgimento di quelle funzioni e di quei compiti.

In altre parole, non appare revocabile in dubbio che un approccio casistico per la definizione strutturale di un Ente pubblico possa ragionevolmente minare la certezza delle situazioni giuridiche.

Difatti, non rappresenta una circostanza di poco momento la consapevolezza che, in base al tenore delle decisioni, il CNF possa atteggiarsi tanto ad ente pubblico, tanto ad associazione di imprese, caso per caso, mutando in base alle diverse fattispecie concrete.

Pur riconoscendo merito all'apertura di respiro europeo della decisione in commento, occorre pur

[1] In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.

sempre fare i conti con quanto espressamente previsto a livello normativo interno dal legislatore, tenendo a mente, da un lato, che la professione intellettuale è e resta "altro" rispetto all'attività imprenditoriale, dall'altro, l'indiscutibile natura pubblicistica dell'Ente nazionale forense, istituito e disciplinato per legge relativamente a organizzazione, compiti e funzioni, con tutte le conseguenze che discendono dall'applicazione della normativa pubblicistica.

D'altronde, non si capisce come l'esercizio dei poteri istituzionali attribuiti al CNF per legge, quale il potere di avviare procedimenti disciplinari nel caso di violazione dei principi deontologici, nei limiti della ragionevolezza, possa trasformarne i connotati strutturale dell'Ente stesso.

Su altro versante, poi, con riferimento al secondo e strutturale aspetto della vicenda, stando al rilievo mosso dall'AGCM – e condiviso dallo stesso Consiglio di Stato – il CNF avrebbe illegittimamente limitato l'utilizzo di un circuito pubblicitario denominato "Amica Card", un sistema finalizzato a mettere a disposizione dell'avvocato, in cambio di un corrispettivo, uno spazio online nel quale questi può presentare l'attività professionale svolta e proporre uno sconto al cliente che decide di avvalersi dei suoi servizi.

Le censure mosse dal CNF in appello si fondavano sulla impossibilità per il professionista, in ossequio a quanto previsto dalla normativa deontologica e professionale di settore, di poter pubblicizzare esclusivamente un mero "sconto" sulle prestazioni professionali, privo di qualsivoglia intuibile base di calcolo e senza la precipua indicazione di circostanziate e chiare informazioni circa la struttura, la specializzazione e le capacità dello studio legale; la stessa natura del sistema "Amica Card", descritto quale circuito chiuso e accessibile dietro pagamento di corrispettivo, malcela, ad avviso del CNF, un illegittimo sistema di "procacciamento" della clientela, «come tale espressamente vietato dal Codice Deontologico, che per legge spetta all'ordine forense far rispettare».

Sul punto, il Consiglio di Stato, disattendendo le tesi difensive del CNF *supra* riportate, ha fermamente ritenuto che, coerentemente al disposto dell'art. 3, co. 5 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), a mente del quale «gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza, […] alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti nell'ambito di una più ampia informazione relativamente ai servizi offerti», il sistema "Amica Card" non possa qualificarsi quale circuito illegittimo e contrario alla normativa professionale e deontologica di settore. A tale interpretazione ermeneutica i giudici di Palazzo Spada sono pervenuti ritenendo che tale sistema «è finalizzato a mettere a disposizione dell'avvocato, in cambio di un corrispettivo, uno spazio online nel quale questi può presentare l'attività professionale svolta e proporre uno sconto al cliente che decide di avvalersi dei suoi servizi» e, di tal guisa, non può esser qualificato come attività di intermediazione incompatibile con la deontologia e il decoro della professione. In definitiva, si legge in sentenza, "Amica Card" altro non è che una nuova modalità di pubblicità dell'attività professionale che, per quanto presenti indubbi caratteri di novità rispetto ai modelli tradizionali, possiede i requisiti di una attività lecita e conforme ai principi della libera concorrenza.

È appena il caso di rilevare, d'altro canto, che il quadro delineato dal Consiglio di Stato, con riferimento all'odierna vicenda, sembra discostarsi dalla posizione, per certi versi strutturalmente opposta, assunta *in subiecta materia* dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione.

Infatti, tanto la Consulta[2] che la Suprema Corte[3] hanno univocamente rilevato l'inapplicabilità ai professionisti della disciplina codicistica della concorrenza sleale, di cui agli artt. 2598 e ss. c.c., difettando in capo a tali soggetti la qualità di imprenditore, emergendo sostanziali diversità morfologiche tra impresa e professione e rendendosi, pertanto, irrinunciabile l'adozione di discipline civilistiche ben distinte.

Appare chiaro, alla luce di quanto suesposto, che la giurisprudenza, per quanto non ancora granitica e univocamente orientata, risenta attualmente di una chiara e pressante influenza comunitaria, imperniata sulla sostanziale identità tra attività professionale (*rectius*: professioni intellettuali) ed attività di impresa, essendo qualificate le prime alla stregua delle seconde sotto il profilo della regolamentazione nel libero mercato.

Occorre, peraltro, tener presente che lo stesso ordinamento nazionale incide ormai costantemente sulla trasformazione del ruolo dell'avvocato, divenuto, all'alba del terzo millennio, un "professionista 2.0", anche alla luce dell'introduzione del processo civile telematico.

D'altro canto, non può ritenersi che le indicazioni ed i risultati cui si è pervenuti in ambito comunitario possano implicare un'astratta, generale e meccanica estensione alle professioni intellettuali del diritto della concorrenza, come regolato in via generale dal codice civile, in quanto, nella corretta e limpida valutazione degli interessi in gioco, deve necessariamente tenersi conto delle caratteristiche e delle peculiarità delle attività intellettuali e delle specifiche situazioni in cui le stesse vengono esercitate.

Del resto, è pacifico l'assunto che le disposizioni di cui all'art. 2 del d.l. n. 223 del 2006, convertito in legge n. 248 del 2006, attuative delle norme comunitarie

[2] Corte Cost., sentenza n. 228/2014.
[3] Cass., sentenza n. 560/2015.

sulla libera concorrenza e sulla libertà di circolazione delle persone e dei servizi anche per quanto attiene alla materia delle professioni, non incidono «sul rilievo disciplinare delle modalità e del contenuto con cui la pubblicità informativa è realizzata»[4].

A tal fine, è irrilevante sia che il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 abbia disciplinato esaustivamente la materia della pubblicità ingannevole e comparativa, attribuendo i poteri sanzionatori all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto questi non attengono alle violazioni del codice di deontologia forense, sia che l'art. 2, comma primo, lett. b), del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, consenta di svolgere pubblicità informativa, siccome la disposizione non incide sul rilievo disciplinare delle modalità e del contenuto con cui la pubblicità informativa è realizzata, la cui valutazione è rimessa all'Ordine professionale di appartenenza che, nel caso di specie, è rappresentato dal CNF.

Conclusivamente, pur volendo condividere l'approccio moderno ed "eurorientato" che giudici amministrativi hanno adottato con riferimento al caso posto all'odierno vaglio, è prevedibile che il superamento del limite del decoro, quale effetto di un contenuto pubblicitario come quello del caso "Amica Card", potrebbe alla lunga comportare un decadimento morale della professione.

Non costituirebbe, senz'altro, un fiero approdo la "mercificazione" dell'assistenza fornita dal professionista al cliente, poiché ci si troverebbe innanzi allo snaturamento dell'esercizio stesso della professione che, in quanto tale, deve essere svincolata dai criteri allocativi e asettici del mercato. Di non poca rilevanza, del resto, sarebbe la concreta possibilità (forza) economica del singolo professionista di effettuare investimenti pubblicitari che, nel caso di maggiori capacità finanziarie, determinerebbe un'eccessiva concentrazione del mercato e si tradurrebbe, ad ogni modo, in una patente riduzione del benessere degli assistiti.

Diversamente argomentando, si arriverebbe a dover accettare l'idea che il rispetto dell'etica e della deontologia scompaiano dal libero mercato dei servizi professionali e che non sia più necessaria un'attività di costante vigilanza di un ente pubblico *ad hoc* sul possesso dei requisiti per praticare validamente e proficuamente l'applicazione di conoscenze specifiche nei vari rami del sapere, a maggior ragione ove, come nel caso di specie, si parla della tutela di diritti costituzionalmente rilevanti, come il diritto all'assistenza in giudizio da parte di un professionista del settore, quale espressione del più ampio diritto di difesa cristallizzato nell'art. 24 della Costituzione e, come tale, non riconducibile *tout court*, tanto sotto il profilo giuridico che sociale, alle logiche concorrenziali del mercato.

[4] Cass., sez. un., sentenza n. 14368/2012.

Giacomo Romano
Specializzato in Professioni Legali

La responsabilità di un portale online per la pubblicazione di un post offensivo all'interno di un *forum*.

abstract

Online defamation through the publication of an offensive post in a forum. The manager of a website is responsible for the crime of defamation if he is aware of the offensiveness of the publication but he postpones the elimination of the post.

keywords

Online defamation – Offensive post – Forum.

abstract

Diffamazione online realizzata attraverso la pubblicazione di un post *offensivo all'interno di un* forum. *È responsabile il gestore del portale, il quale reso edotto, con conseguente accettazione, della offensività della pubblicazione decida di posticipare l'intervento di rimozione.*

parole chiave

Diffamazione online – Post offensivo – Forum.

sommario

Premessa. – **1.** Il caso. – **2.** Sul reato di diffamazione a mezzo stampa. – **3.** La condanna per l'amministratore del portale *on-line*. – **4.** La responsabilità del gestore di un portale telematico. – **5.** Il quadro normativo. – **6.** La giurisprudenza nostrana. – **6.1.** La giurisprudenza della Corte EDU. – **7.** Conclusioni.

Premessa

La questione oggetto del presente approfondimento trae spunto dalla sentenza del Tribunale di Belluno depositata in data 11 gennaio 2016, n. 759. La sentenza appare di forte interesse in quanto rappresenta una delle prime pronunce che afferma la responsabilità di un gestore di un portale *on-line* per un commento diffamatorio anonimo postato all'interno di un *forum* presente sul sito. Secondo il Tribunale, infatti, la condotta di un "direttore" di un portale *online* informativo (non costituente "rivista"), che reso edotto del contenuto diffamatorio decida, a causa di un soggiorno all'estero e della scarsa connessione *internet* di posticipare l'intervento sul *post* al rientro in Italia, configura il reato di diffamazione nella forma del dolo eventuale.

1. Il caso

All'interno di un *forum* ospitato da un portale *internet* di informazione locale e turistica finalizzato a valorizzare il territorio veniva pubblicato *online* un *post* da un utente anonimo dal contenuto palesemente diffamatorio e offensivo dell'immagine, reputazione e decoro di un parlamentare in relazione alla costruzione di un collegamento sciistico sul quale il politico aveva espresso, in altre occasioni politiche, parere favorevole.

In particolare, il *post* affermava che il politico era «una persona che usa la propria personalità in maniera distorta con l'unico obiettivo di fare leggi *ad personam* per salvaguardare dalla galera chi ha il ruolo di pensare al bene del paese e invece porta avanti solo gli interessi personali».

Nello specifico, il *post* offensivo veniva pubblicato in data 26 aprile 2011 e rimaneva sul portale fino al 14 giugno 2011 quando il proprietario e amministratore del portale interveniva, a seguito di una segnalazione di uno studio legale dell'1 giugno 2011, attraverso la parziale modifica del commento anonimo postato mediante l'eliminazione delle espressioni offensive ai danni del politico. Lo studio legale aveva, infatti, segnalato la presenza di un *post* gravemente offensivo per l'immagine, il decoro e la reputazione del proprio cliente da parte di un utente del *forum* del portale informativo nella sezione dedicata al comprensorio locale e aveva richiesto al "direttore" del portale di eliminare immediatamente i commenti offensivi al fine di evitare la reiterazione della condotta illecita e l'aggravarsi della situazione di danno. Lo studio legale citava, poi, in giudizio il direttore del sopra citato portale contestandogli, a seguito della pubblicazione *online* del post offensivo, il reato di diffamazione a mezzo stampa.

Durante il processo venivano ricostruiti e approfonditi i fatti. In particolare, emergeva che il gestore del portale *on-line* si trovava, al momento della ricezione della *mail* dello studio legale, all'estero ma che era stato comunque notiziato in tempo reale da un suo collaboratore. Tuttavia, il gestore del sito, nell'impossibilità di potere agire da remoto, a causa della scarsa connessione *internet*, aveva comunicato allo studio legale, tramite il collaboratore, la presa in carico della segnalazione e che, appena rientrato dall'estero, effettuati tutti gli accertamenti del caso, avrebbe provveduto all'eliminazione delle frasi offensive dal *post*.

Il gestore, al suo rientro in Italia, verificava il contenuto del *post* e, anche se a suo giudizio si trattava di mera critica politica, provvedeva alla rimozione delle frasi offensive e al relativo riscontro scritto allo studio legale di avvenuta rimozione dei contenuti offensivi.

2. Sul reato di diffamazione a mezzo stampa

Nel valutare la responsabilità penale dell'imputato il Giudice ha preliminarmente escluso il reato di diffamazione a mezzo stampa di cui all'art. 57 c.p. in quanto, come affermato dalla Corte di Cassazione, la norma *de qua* si riferisce solo alla carta stampata senza possibilità di una interpretazione estensiva del concetto di stampato tale da includere anche il prodotto *internet* con la conseguenza che il direttore di un periodico *online* non può rispondere del reato di diffamazione *ex* art. 57 c.p.[1].

Tuttavia, a parere del Tribunale, le espressioni contenute nel commento integrano in ogni caso lesioni dell'onore e del decoro del politico, palesandosi comunque lesive della sua immagine di professionista (nella specie, di avvocato) e di politico, oltre che della sua persona.

Secondo il Tribunale, dunque, anche se «si supera la lettura singola ed isolata» del singolo *post* e si procede ad una lettura globale e combinata dei commenti presenti nel *forum* e ad una lettura sistematica del contesto, le espressioni utilizzate non perdono la carica e la valenza offensiva non essendo «giustificate e legittimate da un diritto di critica politica». Pertanto, non è invocabile la scriminante prevista dall'art. 51 del codice penale, in quanto si è di fronte ad un «gratuito e generalizzato attacco personale», secondo il giudice del tutto «decontestualizzato dal tema politico».

3. La condanna per il direttore e amministratore del portale informativo

Il Tribunale ha ritenuto, così, che la pubblicazione *online* di un *post* offensivo, configuri il reato di diffamazione aggravata e ha condannato il direttore del *blog* per il *post* offensivo *online* presente sul *forum*.

Infatti, il Tribunale ha individuato nel contegno del "direttore" l'elemento soggettivo del reato di diffamazione nella forma del dolo eventuale. L'imputato, pur essendo stato reso edotto da un proprio collaboratore della pubblicazione del commento, dei contenuti del commento, delle valutazioni e della percezione dello stesso da parte del politico, ha deciso di non operare direttamente e immediatamente con la modifica cancellazione del commento, preferendo posticipare ogni iniziativa e decisione al suo rientro in Italia. Ne consegue che il gestore del sito «ha consentito la pubblicazione» sul *forum* aperto sul sito *web* di sua proprietà «di un commento della cui esistenza e portata diffamatoria era stato reso puntualmente edotto» con conseguente accettazione del rischio del verificarsi dell'evento lesivo rappresentato dalla lesione dell'onorabilità e della reputazione del politico, decidendo di posticipare ogni intervento, che peraltro era oggettivamente possibile nell'immediatezza, al suo rientro in Italia.

Il Tribunale ha, quindi, dichiarato il direttore e amministratore del portale informativo e turistico colpevole del reato di diffamazione e lo ha condannato alla pena di trecento euro di multa, oltre che al pagamento delle spese processuali. Il direttore è stato, altresì, condannato a risarcire alla parte civile costituita tutti i danni derivanti dal reato liquidati in via equitativa – considerato il tenore delle espressioni offensive, la pubblicità del sito e la posizione politico-sociale della persona offesa – in € 5.000 e a rifondere, alla parte civile costituita, le spese di costituzione liquidate in € 2.000, oltre spese generali.

4. La responsabilità del gestore di un portale telematico

A prima vista, la sentenza in esame potrebbe apparire eccessivamente rigorosa nella misura in cui, se confermata dal prossimo orientamento giurisprudenziale, potrebbe provocare una sovraesposizione dei direttori di portali *online* e dei *blog* (che non sono testate giornalistiche), una possibile erosione della libertà di manifestazione del pensiero, del diritto di critica (che come osserva attenta dottrina è più ampio del diritto di cronaca) con possibile rischio concreto di censura.

Tuttavia, così non è. Il Giudice, infatti, preliminarmente afferma l'esclusione di una responsabilità del gestore per il reato di diffamazione a mezzo stampa strutturata sull'art. 57 c.p. in quanto, come affermato dalla Corte di Cassazione, la norma citata si riferisce solo alla carta stampata senza possibilità di una interpretazione estensiva del concetto di stampato tale da includere anche il prodotto *internet*.

Vero è che la sentenza presenta seri profili di criticità anche alla luce del principio di legalità e della responsabilità penale personale ai sensi dell'art. 27 della nostra Costituzione e del principio di divieto di analogia *in malam partem* in ambito di diritto penale.

Il Giudice, invero, pur non ritenendo applicabile l'art. 57 c.p. afferma comunque la responsabilità del gestore del sito per non essersi attivato in tempo al fine di rimuovere il commento dal *forum* ed evitare, così,

[1] *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 10 novembre 2013, n. 10594. Sul punto, la più autorevole dottrina ha da tempo sostenuto che la "telematica non è stampa" e in questo è stata coerentemente seguita dalla giurisprudenza di legittimità. Tanto che, ad esempio, per quel che riguarda la posizione del direttore di un giornale telematico, si è chiarito (ASN 201035511 – RV 248507; ASN 201144126 – RV 251132) che il direttore di un giornale *on-line* non può rispondere, *ex* art. 57 c.p., di omesso controllo sui contenuti pubblicati, non solo per l'impossibilità di impedire le pubblicazioni di contenuti diffamatori "postati" direttamente dall'utenza (e non è questo il caso che occupa), ma anche e principalmente per l'impossibilità di ricomprendere detta attività *on-line* nel concetto di stampa periodica.

l'evento lesivo rappresentato dalla lesione dell'onorabilità e della reputazione dell'offeso.

Invero, non vi è chi non veda, come il direttore di un *blog* o di un sito non rivesta alcuna posizione di garanzia[2]. Il direttore di un *blog* non avrebbe, pertanto, allo stato attuale della legislazione vigente, l'obbligo di impedire l'evento, di controllo preventivo e di vigilare (a differenza del direttore di un giornale periodico).

Nonostante il tema della responsabilità del gestore di un sito *internet* sia oggetto di un nutrito e contrastante dibattito giurisprudenziale nonché dottrinale, la sentenza appare monca sotto svariati profili. *In primis*, non approfondisce il profilo della responsabilità dell'autore del *post* offensivo (anonimo). Il direttore del portale *online* viene condannato, al di là del profilo e dell'esame del concorso nella diffamazione con l'autore anonimo del *post* attraverso la pubblicazione di un *post online* offensivo. *In secundis*, la sentenza non approfondisce se il portale avesse o meno un filtro o un sistema di approvazione preventivo dei commenti ai *forum*, quanti commenti fossero stati pubblicati, quante persone avessero consultato *on-line* il *post* offensivo e non tiene conto del carattere liquido della rete (la velocità e la rapidità dei commenti) e dell'impossibilità tecnica di vigilare, monitorare *online* i contenuti dei *post*, né richiama la disciplina europea sulla responsabilità dei c.d. intermediari della comunicazione.

Tali approfondimenti si sarebbero resi, invece, necessari atteso che, nella sostanza, tale decisione rischia – smentendo quanto affermato nelle premesse motivazionali – di equiparare la responsabilità del direttore del portale telematico a quello di un periodico cartaceo.

Il problema si era già manifestato in relazione all'applicazione dell'aggravante complessa, prevista dall'art. 13 della legge sulla stampa dell'8 febbraio 1948 n. 47 ai fatti commessi per radio o per televisione. A fronte dell'evidente impossibilità di assimilare nel concetto di stampa il mezzo radiofonico e televisivo e dell'insuperabile ostacolo a tale estensione, derivante dal divieto di analogia nel diritto penale, la stridente disparità di trattamento *quoad penam* si è protratta, fino all'intervento del legislatore, che successivamente ha disposto[3] l'estensione dell'aggravante al delitto di diffamazione commesso con il mezzo della radio o della televisione.

Ugualmente, la ritenuta differenza strutturale tra i due strumenti di comunicazione e la pacifica vigenza del divieto di analogia, unito al principio di tassatività della norme incriminatici penali, *ex* art. 25 Cost., hanno condotto concordemente dottrina e giurisprudenza ad affermare che al gestore telematico in genere e al direttore del quotidiano telematico in particolare non può essere applicata l'ipotesi di reato prevista dall'art. 57 c.p.

Quando dunque la domanda venga motivata sulla base della astratta illiceità penale delle dichiarazioni offensive della reputazione e presumibilmente non vere formulate dal partecipante al *forum*, neppure identificabile, la domanda non potrebbe essere accolta.

5. Il quadro normativo

La legge 7 marzo 2001, n. 62, dedicata alle «Definizioni e disciplina del prodotto editoriale», all'art. 1 introduce, nel nostro ordinamento giuridico, questa definizione: «Per 'prodotto editoriale', ai fini della presente legge, si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici».

Ora, è del tutto evidente che una testata telematica rientra, a pieno titolo, nel concetto di prodotto editoriale.

Ma a ben vedere l'art. 1 della legge 7 marzo 2001, n. 62 non equipara affatto il concetto di stampa a quello di prodotto editoriale.

Tanto è vero che il comma 3 della medesima norma specifica che: «Al prodotto editoriale si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2 della l. 8 febbraio 1948, n. 47. Il prodotto editoriale diffuso al pubblico con periodicità regolare e contraddistinto da una testata, costituente elemento identificativo del prodotto, è sottoposto, altresì, agli obblighi previsti dall'articolo 5 della medesima l. n. 47 del 1948».

L'*intentio legis* è esclusivamente quello di imporre anche al prodotto editoriale telematico il rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2 della l. n. 47 del 1948 (rubricato «Indicazioni obbligatorie sugli stampati»), nonché la loro registrazione ai sensi dell'art. 5 della medesima legge.

Se ne deve concludere che, trattandosi di un rinvio limitato «ai fini della presente legge» – come esplicitamente recita l'art. 1 – ricomprendere la carta stampata ed il periodico *on-line* nell'unico, onnicomprensivo concetto di «prodotto editoriale» rileva ai soli fini sopra citati: indicazioni obbligatorie e registrazione.

La conseguenza è, allora, pacifica: alla testata telematica non si applicano che le disposizioni in materia di stampati esplicitamente indicati dalla legge, e cioè non si applicano, per esempio, le previsioni di cui agli art. 13 (pene per la diffamazione) e 15 (pubblicazioni contenuto impressionante o raccapricciante) della l. n. 47 del 1948.

[2] In tal senso, App. Milano, sez. I, 27 febbraio 2013. Infatti, detta posizione di garanzia non può essere ravvisata nel diritto vigente, «stante l'assenza di una specifica previsione in tal senso, e ciò a prescindere dalla questione dell'auspicabilità o meno di una normativa che colmi questo vuoto legislativo». Né una posizione di garanzia «può desumersi da fonte diversa, quale in via esemplificativa quella dettata *ex* art. 57, e 57-*bis* c.p. in materia di stampa, in quanto si tratterebbe di analogia in *malam partem*».

[3] Art. 30, comma 4, della l. n. 223/1990.

Ma soprattutto – conseguenza ben più rilevante, ai nostri fini – non si applicano al «prodotto editoriale» (che, appunto, comprende anche la testata telematica) le previsioni di altre leggi dell'ordinamento giuridico, dettate in materia di carta stampata, come la l. 4 marzo 1958, n. 127, che ha modificato il regime del codice penale, portando all'attuale disciplina di cui agli artt. 57 e 58-*bis* c.p.

Né l'esito di tale ragionamento può essere eluso muovendo dal richiamo, operato dall'art. 1, comma 3, l. n. 62 del 2001, alla necessaria registrazione del prodotto editoriale, dal momento che, come ampiamente noto, una norma successiva, l'art. 7, comma 3, del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 prevede esplicitamente che «La registrazione della testata editoriale telematica è obbligatoria esclusivamente per le attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla l. 7 marzo 2001, n. 62».

6. La giurisprudenza nostrana

Sul tema oggetto della presente analisi i precedenti giurisprudenziali – strettamente penali – non mancano.

La Corte d'Appello di Torino, Pres. Witzel, in data 23 aprile 2010, riformava un precedente del Tribunale di Aosta[4] che aveva ravvisato l'equiparabilità penale della condotta del *blogger* a quella del direttore della testata giornalistica.

Ancora prima la Suprema Corte con la sentenza depositata in data 11 dicembre 2008, n. 10535, si era espressa negli stessi termini. Vi si legge, infatti, a proposito del rigetto da parte del tribunale del riesame di una richiesta di sequestro di un intero *blog*, che non trova applicazione l'art. 21, comma 3, Cost., secondo cui «Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili», «dato che la concreta fattispecie in esame non rientra nella più specifica disciplina della libertà di stampa, ma solo in quella più generale di libertà di manifestazione del proprio pensiero di cui all'art. 21, comma 1, Cost.». E aggiunge «Gli interventi dei partecipanti al *forum* in questione, invero, non possono essere fatti rientrare nell'ambito della nozione di stampa, neppure nel significato più esteso ricavabile dall'art. 1 della legge 7 marzo 2001, n. 62, che ha esteso l'applicabilità delle disposizioni di cui all'articolo 2 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (legge sulla stampa) al "prodotto editoriale", stabilendo che per tale, ai fini della legge stessa, deve intendersi anche il "prodotto realizzato... su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico". Il semplice fatto che i messaggi e gli interventi siano visionabili da chiunque, o almeno da coloro che si siano registrati nel *forum*, non fa sì che il *forum* stesso, che è assimilabile ad un gruppo di discussione, possa essere qualificato come un prodotto editoriale, o come un giornale online, o come una testata giornalistica informatica. Si tratta quindi di una semplice area di discussione, dove qualsiasi utente o gli utenti registrati sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile a tutti gli altri soggetti autorizzati ad accedere al *forum*, ma non per questo il *forum* resta sottoposto alle regole ed agli obblighi cui è soggetta la stampa (quale quello di indicazione di un direttore responsabile o di registrazione) o può giovarsi delle guarentigie in tema di sequestro che l'art. 21, comma 3, Cost., riserva soltanto alla stampa, sia pure latamente intesa, ma non genericamente a qualsiasi mezzo e strumento con cui è possibile manifestare il proprio pensiero. D'altra parte, nel caso in esame, neppure si tratta di un *forum* strutturalmente inserito in una testata giornalistica diffusa per via telematica, di cui costituisca un elemento e su cui il direttore responsabile abbia la possibilità di esercitare il controllo (così come su ogni altra rubrica della testata)».

Interessante ciò che la Suprema Corte sottolinea, per evidenziare comunque un vuoto normativo, non essendosi il legislatore posto al passo coi tempi che cambiano: è vero che la norma costituzionale dovrebbe essere interpretata in senso evolutivo per adeguarla alle nuove tecnologie sopravvenute ed ai nuovi mezzi di espressione del libero pensiero, ma da questo assunto, «non può farsi derivare che i nuovi mezzi di comunicazione del proprio pensiero (*newsletter*, *blog*, *forum*, *newsgroup*, *mailing list*, *chat*, messaggi istantanei, e così via) possano, tutti in blocco, solo perché tali, essere inclusi nel concetto di stampa ai sensi dell'art. 21, comma 3, Cost., prescindendo dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi. In realtà i messaggi lasciati su un *forum* di discussione (che, a seconda dei casi, può essere aperto a tutti indistintamente, o a chiunque si registri con qualsiasi pseudonimo, o a chi si registri previa identificazione) sono equiparabili ai messaggi che potevano e possono essere lasciati in una bacheca (sita in un luogo pubblico, o aperto al pubblico, o privato) e, così come quest'ultimi, anche i primi sono mezzi di comunicazione del proprio pensiero o anche mezzi di comunicazione di informazioni, ma non entrano (solo in quanto tali) nel concetto di

[4] Trib. Aosta, 26 maggio 2006, n. 553. Per il Tribunale «colui che gestisce il *blog* altro non è che il direttore responsabile dello stesso, pur se conviene formalmente utilizzata tale forma semantica per indicare la figura del gestore e proprietario di un sito internet, su cui altri soggetti possano inserire interventi. Ma, evidentemente, la posizione di un direttore di una testata giornalistica stampata e quella di chi gestisce un *blog* (e che, infatti, può cancellare messaggi) è – *mutatis mutandis* – identica. Il gestore di un *blog* ha infatti il totale controllo di quanto viene postato e, per l'effetto, allo stesso modo di un direttore responsabile, ha il dovere di eliminare quelli offensivi. Diversamente, vi è responsabilità penale *ex* articolo 596-*bis* c.p.».

stampa, sia pure in senso ampio, e quindi ad essi non si applicano le limitazioni in tema di sequestro previste dalla norma costituzionale».

6.1. La giurisprudenza della Corte EDU

Il 28 maggio 2003 il Consiglio dei Ministri del COE rilasciò «La dichiarazione sulla libertà di comunicazione su Internet». Questa libertà «non dovrebbe pregiudicare la dignità umana, dei diritti umani e delle libertà fondamentali degli altri, soprattutto i minori», perciò lo Stato, nel rispetto dell'art. 10 della Convenzione, «può adottare misure per imporre la rimozione di contenuti Internet chiaramente identificabili o, in alternativa, il blocco dell'accesso alla medesima, se le autorità nazionali hanno preso una decisione provvisoria o definitiva sulla sua illegalità».

Queste leggi riconoscono il ruolo cruciale dei *providers* nella società dell'informazione, sempre in evoluzione e il cui peso nell'economia mondiale è in costante aumento[5].

Gli artt. 12-14 nel fornire le definizioni del *provider* quale «mere *conduit*, *cashing* ed *hosting*» riconoscono scriminanti e doveri di controllo specifico (artt. 14 e 15): queste vengono meno se il *provider* non si è attivato a rimuovere i contenuti illeciti postati appena ne è venuto a conoscenza e/o se era conscio della loro lesività, tanto più in presenza di un'espressa richiesta anche di eventuale indennizzo.

Anche se il *provider* deve rispettare l'anonimato e la libertà d'espressione dei *cybernauti*, deve vigilare sulla correttezza dei contenuti postati, tutelare i diritti dei terzi e collaborare con le autorità giudiziarie fornendo i nominativi di trasgressori in tutti i casi previsti dalla legge. In breve, non potrà invocare queste scriminanti e sarà ritenuto co-responsabile in tutti quei casi in cui, per quanto sopra, si ritiene abbia collaborato con gli utenti a commettere gli illeciti, anche omettendo i dovuti controlli.

Su queste basi normative, la Corte EDU *Grand Chamber* nel caso Delfi AS c. Estonia del 16 giugno 2015 ha condannato un *provider* per i commenti falsi e offensivi pubblicati sul proprio sito.

La tutela dei diritti ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*privacy*, immagine *etc.*) e del *copyright* prevale su tutto. Infatti la giurisprudenza costante della Corte EDU, in tutti questi casi, ha sempre ritenuto lecito *ex* art.10 CEDU il blocco dell'accesso o l'oscuramento totale o parziale del sito *web*[6].

Pur essendo uno dei fondamenti essenziali di una società democratica fondata sul pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale, non è esente da restrizioni in tassativi casi dettati dal principio di necessità «*interpretata in maniera rigorosa e stabilita in modo convincente*».

È palese che queste norme e quelle interne dovendo tutelare la *privacy* e la reputazione altrui, così come stabilito dall'art. 8 CEDU, prevalgano su tutti gli altri interessi confliggenti. Infatti la rete consente l'accesso ai *fake* ad un pubblico illimitato, perché possono essere ripostati, inviati per *mail*, trovati sui motori di ricerca e ciò rende difficile ed oneroso per le vittime l'individuazione dei colpevoli, sì che da un lato il *provider*, come tutti i professionisti, deve adottare controlli e monitoraggi specifici e dall'altro deve attivarsi per prevenire ed eliminare questi illeciti[7].

A conferma della delicatezza del tema si evidenzia che la decisione sopra richiamata non è stata unanime (15 a 2) e che due giudici nella loro articolata opinione dissenziente, inserendosi sui tipi e le capacità di controllo dei *forum* (a loro dire, vista l'ampiezza della rete, veramente ardui) hanno visto in queste restrizioni una censura di Stato ed un peso eccessivo imposto al *provider* tanto più che il ruolo di editore e d'intermediario tecnico non possono essere equiparati in alcun modo.

7. Conclusioni

La possibilità di applicare la norma di cui all'art. 57 c.p., prevista *ex professo* ed esclusivamente, per la carta stampata, anche ad un giornale telematico è, come visto sopra, esclusa decisamente dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità, a meno di non violare il principio di tassatività.

Bisogna pertanto riconoscere la assoluta eterogeneità della telematica rispetto agli altri media, sinora conosciuti e, per quel che qui interessa, rispetto alla stampa. D'altronde, non si può non sottolineare che differenti sono le modalità tecniche di trasmissione del messaggio a seconda del mezzo utilizzato: consegna materiale dello stampato e sua lettura da parte del destinatario, in un caso (stampa), irradiazione nell'etere e percezione da parte di chi si sintonizza, nell'altro (radio e TV), infine, trasmissione telematica tramite un ISP (*internet server provider*), con utilizzo di rete telefonica nel caso di internet.

E tanto a meno di non addivenirsi ad una estensione analogica *in malam partem*: il divieto di interpretazione analogica *in malam partem* in materia penale impedisce di applicare al direttore delle testate telematiche la disciplina dettata dagli artt. 57 e 57-*bis* c.p., in materia di responsabilità per omesso controllo del direttore, del vice direttore o degli altri soggetti indicati dalla legge.

Ma il problema va forse al di là della applicabilità o meno, per via analogica o legislativa, dell'art. 57 del codice penale ai direttori dei giornali *on-line*.

[5] Sul punto, cfr. Agenda digitale dell'UE, Strategia di Lisbona e dell'Europa 2020 e Codice dei diritti *online* dei cittadini europei del 2012.

[6] Sul punto, *ex multis*, *Times Newspapers LTD* v. Regno Unito nn. 1 e 2 del 10.03.09; *Neji* e *Sunde Kolmisoppi* v. Svezia del 19.02.13 – fondatori di *Pirate Bay* – e *Akdeniz* c. Turchia del 11.03.14.

[7] Sul punto, *ex multis*, *Animal Defenders International* c. Regno Unito [GC] del 22.4.13; *Axel Springer Ag* c. Germania [GC] del 7.2.12; *Hachette Fillippacchi* ed Associati del 14.6.07.

Il mondo dell'editoria sta vivendo una rivoluzione globale e l'informazione sta cambiando dalle radici più profonde. Si pensi soltanto ai quotidiani che sbarcano sull'*i-pad* e allo sviluppo di massa dell'*adsl*, e che le storiche agenzie di stampa di tutto il mondo vengono scavalcate e bruciate sul tempo dai messaggi del cosiddetto giornalismo partecipativo dei *twitter* che spesso mettono in rete notizie non verificate e talvolta non veritiere ma che tuttavia fanno il giro del mondo prima di essere rettificate o smentite.

Tutte tematiche che difficilmente potranno essere affrontate e risolte dalle legislazioni di singoli paesi per il semplice fatto che l'universo del *web* non ha confini e si rinnova e si trasforma di giorno in giorno.

Elia Scafuri
Avvocato

Diritto processuale amministrativo

L'ordinanza collegiale emanata, in fase cautelare, dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. ai fini della celere fissazione dell'udienza di merito: risvolti pratici dell'istituto.

abstract

The approval of the application for precautionary injunction by administrative magistrate only in order to fix the substantive hearing, according to 55, comma 10, c.p.a., doesn't interrupt the contested measure.

keywords

Precautionary process – Judicial order ex art. 55, comma 10, c.p.a. – Substantive hearing's fixing.

abstract

L'accoglimento da parte del giudice amministrativo dell'istanza cautelare ai soli fini della celere fissazione del merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. non sospende il provvedimento impugnato.

parole chiave

Procedimento cautelare – Ordinanza ex art. 55, comma 10, c.p.a. – Fissazione udienza di merito.

La questione in esame, inerente la corretta applicazione ed interpretazione della norma in materia di misure cautelari collegiali di cui all'art. 55 del d.lgs. n. 104/2010 (d'ora in avanti c.p.a.)[1], non può prescindere da una breve premessa di ordine generale sulla fase cautelare del processo amministrativo e, più nello specifico, sulle misure cautelari contemplate da quest'ultimo.

Storicamente, l'esigenza di una tutela di tipo cautelare in seno al processo amministrativo scaturisce dalla facile ed intuitiva considerazione in merito alla gravità dei danni che possono derivare da un provvedimento amministrativo.

Sempre più spesso, infatti, il ricorrente – atteso il considerevole numero di vertenze instaurato davanti ai giudici amministrativi – è costretto ad avvalersi della richiesta di misure temporaneamente interdittive dell'attività dell'Amministrazione, in ragione dell'obiettiva lungaggine dei tempi processuali. Invero, non sempre la sentenza di accoglimento del giudice amministrativo che annulla il provvedimento impugnato risulta idonea a soddisfare l'interesse del ricorrente o ad eliminare gli effetti di ordine giuridico e materiale che possono maturare antecedentemente al predetto annullamento.

Con la misura cautelare si ha, in un certo qual senso, un'anticipazione degli effetti della sentenza che, se pronunciata nei tempi "ordinari", sarebbe il più delle volte *inutiliter data* per il conseguimento del risultato dopo un notevole lasso temporale o per la materiale irreversibile trasformazione dell'oggetto del provvedimento[2].

Com'è noto, la legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato[3] aveva stabilito che in via generale l'impugnazione del provvedimento non avesse effetto sospensivo.

Per ovviare allo squilibrio fra le parti determinato dall'esclusione dell'effetto sospensivo del ricorso, la previsione della tutela cautelare consentiva un intervento del giudice diretto ad evitare che il danno si producesse – o si producesse in tutte le sue componenti – ancor prima della sentenza. Tale tutela, dunque, si traduceva nella sospensione del provvedimento impugnato, destinata a conservarsi fino a quando, con sentenza, non fosse stata accertata la fondatezza o l'infondatezza dell'impugnazione[4].

Nel processo amministrativo la fase cautelare ha assunto un ruolo sempre più decisivo grazie alle consistenti modifiche avutesi a partire dalla fine degli anni Novanta: evoluzione approdata, dapprima, alla riforma del processo amministrativo avvenuta con legge n. 205/2000[5] e, successivamente, al codice del processo amministrativo del 2010.

In quest'ultimo il legislatore ha ribadito che, nel

[1] Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo, Gazz. Uff. n. 156 del 7 luglio 2010.

[2] Per un'ampia panoramica in materia cfr.: G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, 2010, Cedam.

[3] Legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (c.d. legge Crispi).

[4] Sul punto si veda: Aldo Travi, *Tutela cautelare [dir. amm.]*, in *Diritto on line*, 2013.

[5] Legge 21 luglio 2000, n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 173 del 26 luglio 2000.

giudizio promosso per l'annullamento di un provvedimento, la presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato. Di conseguenza, differentemente da altri ordinamenti europei[6], la misura cautelare nel nostro sistema è un provvedimento giudiziale adottabile su espressa richiesta del ricorrente. Spetta alla parte interessata, dunque – normalmente al ricorrente principale, ma l'iniziativa può essere assunta anche dal ricorrente in via incidentale – richiedere al giudice amministrativo una misura cautelare, ond'evitare che le sue ragioni possano essere compromesse nel corso del giudizio.

La tutela cautelare nel codice amministrativo si articola secondo tre modelli procedurali: accanto alla procedura ordinaria (55 c.p.a.) che si attua con un'ordinanza del Collegio – di cui di dirà ampiamente *infra* – sono previste due procedure che si attuano tramite decreti presidenziali (agli artt. 56 e 61 c.p.a)[7] destinati ad avere un'efficacia meramente provvisoria fino alla pronuncia cautelare del Collegio[8].

La disciplina del procedimento cautelare dettata nel secondo libro del codice del processo amministrativo (artt. 55 c.p.a. e ss.) è richiamata anche per la trattazione dell'istanza cautelare proposta nei giudizi d'impugnazione (art. 98 c.p.a), sebbene in questi ultimi non sia ammessa una tutela cautelare '*ante causam*'.

Come si diceva poco sopra, il procedimento cautelare è avviato da un'istanza di parte che può essere inserita nel ricorso introduttivo del giudizio o con istanza separata diretta al giudice avanti al quale pende il giudizio stesso[9].

Il codice del processo amministrativo (preceduto, sul punto, dalla citata legge n. 205/2000) ha sancito, sulla falsariga del modello processual-civilistico, il principio della atipicità delle misure cautelari. Invero, ai sensi dell'art. 55, comma 1, c.p.a. il potere cautelare del giudice amministrativo può esprimersi con qualsiasi misura "*idonea ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*".

Certamente anche nel processo amministrativo la misura cautelare[10] richiede l'accertamento dei classici presupposti del "*fumus boni iuris*" e del "*periculum in mora*".

Espressamente richiamato dall'art. 55, comma 9, c.p.a., il *fumus boni iuris* consiste non solo nella valutazione della non manifesta infondatezza dei motivi posti a base del ricorso, ma anche nella delibazione sommaria sull'esistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione. In particolare, mentre per l'emissione della sentenza la valutazione dei motivi di ricorso e delle eccezioni e deduzioni delle parti intimate dev'essere necessariamente approfondita ed accurata, per l'adozione dell'ordinanza cautelare occorre una semplice delibazione sulla probabilità che il ricorso possa essere accolto.

La misura cautelare sarà dunque concessa dal giudice in base ad una valutazione sulla "ragionevole previsione sull'esito del ricorso", non potendo essere accordata in presenza di un ricorso manifestamente infondato o inammissibile,

Il *periculum in mora* è identificato nell'art. 55, comma 1, c.p.a. con il rischio che il cittadino possa "subire un pregiudizio grave e irreparabile", per effetto del provvedimento impugnato, "durante il tempo necessario a giungere alla decisione del ricorso". L'oggetto della controversia, dunque, non può essere compromesso per la semplice circostanza che il giudizio abbia una durata ampia (*re adhuc integra*).

Il pregiudizio – che dev'essere specificamente dimostrato dal ricorrente che chiede la misura cautelare (non potendo essere introdotto nel processo d'ufficio) – va valutato da parte del giudice non solo in senso assoluto, ma anche in modo relativo con riferimento alle condizioni soggettive del ricorrente.

Infine – e non in aggiunta ai due presupposti[11] – il giudice è tenuto a compiere una valutazione complessiva e comparativa tra il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, nel senso che in presenza di un motivo di ricorso palesemente fondato e di un danno tenue, ovvero di un motivo discutibile (o quantomeno da approfondire) e di un danno evidente, la misura cautelare potrebbe essere accordata con maggiore facilità, salvo poi a studiare il merito con la decisione.

Tanto premesso in generale sulla fase cautelare del processo amministrativo, non si può prescindere da un'analisi del dato testuale dell'art. 55 c.p.a. (Libro II, Processo amministrativo di primo grado; Titolo II, Procedimento cautelare), rubricato «Misure cautelari collegiali».

Tale norma, al primo comma, dispone che il ricorrente che alleghi di subire un pregiudizio grave ed irreparabile, nel periodo che intercorre tra la proposizione del ricorso e la decisione dello stesso, può chiedere l'emanazione di misure cautelari più idonee – compresa l'ingiunzione a pagare una somma di denaro in

[6] Si pensi, ad esempio, all'ordinamento tedesco in cui l'impugnazione di un provvedimento dinanzi al giudice ne comporta l'automatica sospensione dell'esecutività.

[7] Cfr.: art. 56 c.p.a., rubricato «Misure cautelari monocratiche» e l'art. 61 c.p.a., rubricato «Misure cautelari anteriori alla causa».

[8] Le due procedure innanzi al presidente divergono principalmente per l'intensità del presupposto rappresentato dall'urgenza della pronuncia e per il fatto che l'istanza cautelare sia proposta, o meno, prima dell'introduzione del giudizio.

[9] Nel codice amministrativo sia per le istanze cautelari cc.dd. ordinarie (art. 55, comma 13, c.p.a.), che per quelle indirizzate al presidente (art. 61, comma 3, c.p.a.) si precisa che il giudice amministrativo può provvedere solo se abbia riconosciuto la sua competenza; se invece il giudice ritiene che il Tar adito sia incompetente, non può adottare misure cautelari neppure interinali (cfr. anche artt. 15 e 16 c.p.a.).

[10] Che secondo la nota definizione del Calamandrei ha «lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo».

[11] G. Leone, cit.

via provvisoria – ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso. Il Collegio si pronuncia con un'ordinanza emessa in camera di consiglio.

In taluni casi – quando la domanda cautelare non attenga a diritti fondamentali della persona ovvero ad altri beni di primario rilevo costituzionale – il Collegio può disporre la prestazione di una cauzione (anche tramite fideiussione) cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare, se dalla decisione della domanda cautelare derivino effetti irreversibili (comma 2).

Ai sensi del comma 3, la domanda cautelare può essere proposta con il ricorso di merito o con distinto ricorso notificato alle altre parti. Tale disposizione è coerente, da un lato, con la regola secondo cui per l'ammissibilità del ricorso è sufficiente la notifica all'Amministrazione e ad almeno uno dei controinteressati (art. 41, comma 2, c.p.a.) e, dall'altro, va temperata con il principio secondo cui l'integrazione del contraddittorio è preliminare ad ogni pronuncia definitiva anche di ordine cautelare (*ex* artt. 27, comma 2, e 55, comma 12, c.p.a.)[12].

Salvo il caso in cui essa debba essere fissata d'ufficio, la domanda cautelare è improcedibile finché non sia presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito (comma 4). Il codice richiede quale condizione di procedibilità dell'istanza cautelare il deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito[13]. In tal modo il legislatore vuole evitare il pericolo di ricorsi proposti al solo fine di conseguire una misura cautelare, per paralizzare l'azione amministrativa, senza interesse ad una sollecita decisione.

Il Collegio si pronuncia sulla domanda cautelare nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso; fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio, le parti possono presentare memorie e documenti (comma 5).

I commi seguenti contengono disposizioni in materia di notificazioni e costituzione delle parti diverse dall'istante (comma 6 e 7). Ai sensi del comma 8, il Collegio, per gravi ed eccezionali ragioni, può autorizzare la produzione in camera di consiglio di documenti[14].

Ai sensi del comma 9, l'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso.

Ai sensi del comma 10 il Tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data di discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito.

L'ordinanza con cui viene disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito. In caso di mancata fissazione dell'udienza, il Consiglio di Stato, se conferma in appello la misura cautelare, dispone che il tribunale amministrativo regionale provveda alla fissazione della stessa con priorità. A tal fine l'ordinanza è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice (comma 11).

Ai sensi del comma 12, in sede di esame della domanda cautelare il collegio può adottare, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio.

Infine, ai sensi dell'ultimo comma, il giudice adito può disporre misure cautelari solo qualora ritenga sussistente la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14 c.p.a. (comma 13).

Stante la doverosa premessa sulla fase cautelare del processo amministrativo e sulle misure cautelari contemplate dal c.p.a., la questione in esame ha ad oggetto l'applicazione dell'art. 55, comma 10, c.p.a da parte del giudice amministrativo e la corretta interpretazione da attribuire alle diverse espressioni usate, di volta in volta, nei dispositivi adottati dall'Autorità giudicante.

Ci si interroga, in particolare, sul significato della corrente espressione utilizzata dai Collegi giudicanti «accoglie ai soli fini della sollecita definizione del giudizio nel merito» e sulla questione della sospensione dell'esecutività del provvedimento amministrativo impugnato ovvero della sentenza gravata.

Il comma 10 della norma in esame – lo si ripete – dispone che il Tar, nell'ambito del procedimento cautelare, laddove ritenga che le esigenze del ricorrente «siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della di-

[12] Conseguentemente, la misura cautelare è validamente richiesta anche se l'istanza sia stata notificata soltanto all'Amministrazione resistente e ad uno dei controinteressati. Tuttavia, in tal caso possono essere adottate soltanto misure cautelari meramente interinali, ovvero destinate a produrre i loro effetti esclusivamente fino a una pronuncia cautelare che potrà essere adottata soltanto dopo l'integrazione del contraddittorio con tutti i controinteressati.

[13] L'istanza di fissazione d'udienza non è necessaria nei casi in cui l'udienza di merito debba essere fissata d'ufficio, come nei giudizi elettorali e nei procedimenti camerali.

[14] La garanzia del contraddittorio è sottolineata anche dalla previsione che le parti possano depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio. In precedenza la prassi – contrastata solo da disposizioni interne dei Tar – ne ammetteva il deposito anche in camera di consiglio. Il deposito di memorie in camera di consiglio deve ritenersi oggi del tutto escluso, anche se si riscontra una prassi di senso contrario quando al deposito acconsentono le altre parti.

scussione del ricorso nel merito». Inoltre, «Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito».

In altre parole, la disposizione in esame prevede che il Collegio giudicante, quando ritenga sommariamente fondate le esigenze del ricorrente ovvero apprezzi la sussistenza del "*fumus*", fissi a breve – con ordinanza collegiale – la data della discussione del ricorso del merito della controversia. Ugualmente si dispone per il Consiglio di Stato che, in seconde cure, motivando sulle ragioni per le quali intenda riformare l'ordinanza cautelare impugnata, trasmette la pronuncia al Tar per la sollecita fissazione dell'udienza di merito.

Come osservato dagli studiosi di diritto processuale amministrativo, il significato che deve attribuirsi alla circostanza che un Tar pronunci un'ordinanza cautelare «ai sensi dell'art. 55, comma 10 del codice del processo amministrativo» è giuridicamente univoco. Il giudice amministrativo provvede in tal senso solo quando ritiene che i motivi di ricorso proposti dal ricorrente appaiono, ad un primo esame, fondati, sussistendo – dunque – il requisito del *fumus boni juris.* Diversamente, qualora il Tar ritiene infondati, in diritto, i motivi di ricorso, formula l'ordinanza nel senso del rigetto dell'istanza cautelare per mancanza del *fumus*.

Ciò non implica, come pure sostenuto da qualcuno, che la decisione nel merito, che avverrà con sentenza, sia già scritta. Non si può certo escludere, come dato ipotetico, l'eventualità che il giudice cambi idea nella fase di merito rispetto a quella cautelare: mentre in quest'ultima i fatti e i motivi di ricorso vengono esaminati in modo sommario, nel merito il giudice opera sulla base di una cognizione piena e approfondita e questo potrebbe portarlo, nel caso, anche a ritornare sui propri passi.

Tuttavia, nulla dispone il legislatore – in termini strettamente testuali – in merito all'accoglimento ovvero al rigetto dell'istanza cautelare, né tantomeno in merito alla sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato o della sentenza gravata.

L'ampiezza del dato letterale e la varietà delle espressioni utilizzate negli anni dai Collegi giudicanti hanno ingenerato talvolta dei dubbi sia nella dottrina che negli operatori giuridici, e soprattutto nelle Amministrazioni sulle quali incombe l'onere di eseguire le ordinanze in esame.

Tra le tante, in una causa avente ad oggetto l'impugnazione di un'ordinanza del Tar concernente l'approvazione della procedura per la copertura di tre posti di sostituto procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, l'Avvocatura Generale dello Stato (in difesa del Consiglio superiore della magistratura) ha ritenuto opportuno chiedere chiarimenti al Consiglio di Stato che – nel fissare la data della trattazione della causa nel merito – non era apparso abbastanza esplicito in merito all'accoglimento o meno dell'istanza cautelare attorea. In seconda battuta il Collegio, con ordinanza n. 4958/2015 (sez. IV), ha dichiarato inammissibile la nuova istanza cautelare proposta per l'insussistenza nella specie del requisito del *periculum in mora*.

In un'altra controversia, con l'ordinanza n. 4477/2015 (sez. IV), il Consiglio di Stato ha accolto l'appello per la riforma dell'ordinanza cautelare del Tar concernente il rilascio di licenze ed autorizzazioni per l'apertura di una sala giochi, disponendo la trasmissione dell'ordinanza al primo giudice per la sollecita fissazione dell'udienza di merito («(...)Ritenuto in considerazione della complessità della fattispecie in esame l'esigenza cautelare di parte appellante appare adeguatamente tutelabile con la decisione di merito adottata in tempi brevi (...) Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) Accoglie e dispone che la presente ordinanza venga trasmessa al primo giudice per la sollecita definizione dell'udienza di merito», come si può leggere a pag. 2 della citata ordinanza). Anche in questo caso l'Avvocatura Generale dello Stato, in difesa dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, nel trasmettere l'ordinanza all'Amministrazione ha manifestato nei confronti di quest'ultima dei dubbi in merito al comportamento da tenere nelle more dell'udienza di merito, ovvero in merito alla chiusura o meno della sala giochi.

Ancora, un'analoga vicenda si è avuta recentemente in materia di mediazione. Con l'ordinanza n. 607/2014 il Consiglio di Stato riformava la pronuncia cautelare di primo grado limitatamente alla necessità da parte del Tar di fissare sollecitamente l'udienza di merito a sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. Tuttavia, dal tenore dell'ordinanza *de qua* emergevano letture contrastanti: qualcuno propendeva per un'interpretazione della stessa tale da ritenere sospesa l'efficacia del regolamento impugnato (il d.m. 180/2010)[15] e, conseguentemente, non più vigente l'obbligo di svolgimento di una procedura di mediazione, qualcun altro riteneva l'inverso.

Pertanto, con successivo ricorso ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., l'OUA (Organismo Unitario dell'Avvocatura italiana) osservava che, attesa la poca chiarezza dell'ordinanza cautelare emessa dal Consiglio di Stato, fossero necessari chiarimenti in ordine all'intervenuta sospensione dell'efficacia del regolamento impugnato.

Il Consiglio di Stato – con ordinanza n. 1059/2014 – nel dichiarare l'inammissibilità del suddetto ricorso chiariva il senso della precedente ordinanza eviden-

[15] Decreto del Ministero della Giustizia del 18 ottobre 2010 n. 180, «Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28».

ziando come quest'ultima avesse «accolto l'appello limitatamente alla fissazione dell'udienza di merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10 c.p.a.» affinché «*l'interesse del ricorrente potesse ricevere adeguata tutela mediante la sollecita trattazione del merito del giudizio*».

Quest'ultimo provvedimento ha definitivamente chiuso la questione relativa alla negata sospensione del suddetto d.m. il quale, fintanto che non si arriverà al giudicato di merito dovrà ritenersi pienamente legittimo ed efficace e, con esso, le relative disposizioni in materia di mediazione, come recentemente modificate.

Se nei casi appena esposti le ordinanze ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. hanno destato dubbi di non poco momento, in altri casi il Collegio giudicante ha respinto l'istanza cautelare non ritenendo apprezzabili le esigenze del ricorrente ovvero ha accolto l'istanza cautelare ai soli fini della fissazione dell'udienza del merito, generando lo stesso effetto di un rigetto.

Con riguardo ai primi casi di mancato accoglimento, che non appaiono problematici, il Consiglio di Stato ha respinto l'istanza cautelare attorea ritenendo non "favorevolmente apprezzabili" le esigenze del ricorrente, come puntualmente richiesto dal suddetto art. 55, comma 10, c.p.a.

Ad esempio, con l'ordinanza n. 629/2015 (sez. V) – avente ad oggetto la riforma dell'ordinanza cautelare del Tar concernente orari di funzionamento di apparecchi con vincite in denaro – il Collegio ha statuito: «Rilevato che la società ricorrente ha precisato che la propria richiesta di tutela cautelare deve intendersi riferita, in via esclusiva, alla fissazione dell'udienza di merito davanti al Tar ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.; considerato che tale specifica modalità di erogazione della tutela cautelare presuppone comunque "...che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente...", ovvero che sussista comunque il *fumus boni iuris* richiesto dall'art. 55, comma 9, c.p.a.; Richiamati e ribaditi gli argomenti gli argomenti posti a base dell'ordinanza di questa Sezione n. 5826 del 2014 concernente identica fattispecie (...) il Consiglio di Stato (...) respinge l'appello».

Con riguardo, poi, ai casi in cui il Collegio giudicante ha accolto l'istanza cautelare limitatamente ai fini della fissazione dell'udienza del merito – casi che hanno il sapore di un vero e proprio rigetto dell'istanza cautelare - sorgono diverse problematiche.

Con la recente ordinanza n. 16/2016 (sez. III) il Consiglio di Stato, in una causa avente ad oggetto l'applicazione di una sanzione (pari all'1% delle entrate risultanti dal certificato di bilancio), dopo aver affermato che «le esigenze dell'appellante appaiono adeguatamente tutelabili con la sollecita definizione del giudizio nel merito», ha accolto l'avversa istanza cautelare «(...) ai soli fini della sollecita definizione del giudizio nel merito, per la trattazione del quale può essere fissata l'udienza pubblica (...), ferma l'esecutività della sentenza impugnata».

Se, dunque, il Consiglio di Stato ha accolto l'istanza cautelare tenendo ferma l'esecutività della sentenza impugnata, è facile osservare che si tratta solo formalmente di un accoglimento, essendosi di fronte ad un vero e proprio rigetto dell'istanza cautelare in mancanza dell'apprezzamento del *fumus*. Il Collegio dice "accoglie", dunque, in luogo di "rigetta".

Invero, il significato da attribuire alla formula «accoglie (...) ai soli fini della sollecita definizione del giudizio nel merito» non è univoco.

Dal punto di vista letterale, un accoglimento da parte del Collegio dovrebbe coincidere con l'accoglimento dell'istanza cautelare e con la conseguente sospensione del provvedimento amministrativo impugnato o della sentenza gravata.

Tuttavia, le ordinanze sopracitate che accolgono "ai soli fini...", pur nella loro varietà sembrano portare alla medesima conclusione: un accoglimento ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. non sospende l'esecutività del provvedimento impugnato ovvero della sentenza gravata.

A ciò si perviene anche guardando al dettato del comma successivo, comma 11, dell'art. 55 c.p.c. (recante: «L'ordinanza con cui viene disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito. In caso di mancata fissazione dell'udienza, il Consiglio di Stato, se conferma in appello la misura cautelare, dispone che il tribunale amministrativo regionale provveda alla fissazione della stessa con priorità. A tal fine l'ordinanza è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice»).

Com'è facile osservare, quest'ultima disposizione consente una celere fissazione dell'udienza di merito previo accoglimento dell'istanza cautelare da parte del Tar o del Consiglio di Stato. Se tale previsione è disciplinata dal comma successivo (comma 11) a quello in esame (comma 10), è palese che non si possa trattare di una mera ripetizione del comma precedente: quest'ultimo, dunque, deve disciplinare qualcosa di diverso.

Ne deriva che se è il comma 11 a consentire una celere fissazione dell'udienza di merito previo accoglimento dell'istanza cautelare da parte del Tar o del Consiglio di Stato, il comma 10 disciplinerà la fissazione dell'udienza di merito da parte del Consiglio cautelare senza accoglimento dell'istanza cautelare e, dunque, senza la conseguente sospensione del provvedimento impugnato o della sentenza gravata.

Alla luce di tanto si può concludere che l'accoglimento ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. non sospende l'esecutività del provvedimento impugnato ovvero della sentenza gravata.

Ciò non toglie, tuttavia, che in alcuni casi la sospensione del provvedimento impugnato appare comunque auspicabile. Ad esempio, nell'ordinanza del Tar Lazio n. 5857/2012 in materia di procedura all'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alle fasce dei professori universitari il Collegio, ritenendo sus-

sistente il solo requisito del *fumus* ma non quello del *periculum in mora*, ha provveduto a fissare l'udienza di merito.

In un caso del genere non si può certamente ritenere come ignorata da parte del Collegio l'istanza cautelare: l'ordinanza, anzi, dovrebbe essere intesa alla stregua di un *warning* proveniente dal Tar ed avente quale destinataria una P.a. Quest'ultima, pertanto, pur non avendo l'obbligo giuridico di sospendere il provvedimento impugnato – perché non sospeso dal Tar – potrebbe talvolta valutare, nell'esplicazione dei propri poteri discrezionali, di sospendere ugualmente il provvedimento impugnato (come nel caso in esame, a tutela dei candidati partecipanti alla procedura di abilitazione).

Al di là degli aspetti testuali ed interpretativi finora analizzati, vale la pena interrogarsi ora sulla *ratio* dell'istituto contemplato dall'art. 55, comma 10, c.p.a.

In concreto, com'è stato osservato in dottrina e giurisprudenza, con il comma in esame il legislatore amministrativo ha sostanzialmente ratificato la prassi della "riunione al merito" concordata in udienza al fine di una più sollecita fissazione dell'udienza di merito.

Sul dettato della norma in esame è nata, dunque, una prassi che trova nell'ordinanza di cui si parla una sorta di *escamotage* utilizzato dal Collegio giudicante per non decidere sul solo aspetto cautelare, né con sentenza breve, in favore di uno slittamento accelerato verso l'udienza di merito.

D'altronde, non si tratta di una prassi recente, ma certamente già in uso, in quanto anche in materia di informative antimafia la III sezione del Consiglio di Stato dal 2013 in poi, in svariate occasioni, ha accolto appelli avverso ordinanze con le quali era stata denegata l'invocata tutela cautelare ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito.

Sostanzialmente in tali casi il Consiglio di Stato, evitando in diverse occasioni di pronunciarsi prima del Tar adito, ha accolto gli appelli e fissato a breve l'udienza di merito, ritenendo di poter accordare l'invocata tutela cautelare entro limiti più ristretti.

Tale prassi, confermata dalle ordinanze sopracitate, sembra probabilmente svilire quella che era l'intenzione originaria del legislatore del codice amministrativo. Ciò in quanto la fissazione dell'udienza di cui al comma 10 del citato art. 55 dovrebbe essere sollecitata quando almeno in parte venga accolta l'invocata tutela cautelare da parte del Collegio giudicante.

Così non è, dato che la prassi ha trasformato tale possibilità in una vera e propria forma di tutela che può essere accordata in sede cautelare. Tant'è che in diversi casi gli appelli risultano volti ad ottenere dal Consiglio di Stato esclusivamente quanto non si riesce ad ottenere con istanza di prelievo *ex* art. 71 c.p.a.

Concludendo, è facile osservare che l'uso dello strumento disciplinato dal comma 10 dell'art. 55 c.p.a. viene modulato dal Collegio giudicante in modo diverso, di volta in volta, e forse in maniera troppo discrezionale.

Sarebbe tuttavia auspicabile che tale strumento venisse utilizzato in maniera appropriata da parte dei ricorrenti ed in maniera uniforme da parte dei giudici amministrativi, ond'evitare uno stravolgimento dell'originaria *ratio* dell'istituto esaminato.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

La revisione della disciplina degli interpelli, la riforma del contenzioso tributario e il processo tributario telematico 542
di Maria Grazia Savastano

La rappresentanza in giudizio dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro 563
di Guglielmo Cinque

Maria Grazia Savastano
Consigliere della Corte di Appello di Napoli

La revisione della disciplina degli interpelli, la riforma del contenzioso tributario e il processo tributario telematico

abstract

Advance tax rulings have been redesigned by d.lgs. 24 September 2015 n. 156, implementing the tax delegation law, and rationalization and reorganization measures have been provided to ensure a privileged and qualified dialogue between the taxpayer and the tax authorities. A mini-reform of tax court proceeding has been implemented, widening deflationary tools of litigation, immediate enforcement of judgments and extension of precautionary protection. Telematic automation in tax process started experimentally before Tax Commissions of Umbria e Toscana.

keywords

Advance tax ruling – Tax court proceedings reform – Telematic tax process.

abstract

Con il decreto legislativo n. 156 del 24 settembre 2015, attuativo della delega fiscale, è stata ridisegnata la disciplina degli interpelli con misure di razionalizzazione e di riordino volte a garantirne la funzione di strumento di dialogo privilegiato e qualificato tra il contribuente e il fisco ed è stata attuata una miniriforma del processo tributario con ampliamento degli strumenti deflattivi del contenzioso, immediata esecutività delle sentenze ed estensione della tutela cautelare.

Nel quadro complessivo di riforma si inserisce altresì la disciplina del processo tributario telematico, già avviato in via sperimentale dal 1° dicembre 2015 per le CTP e le CTR dell'Umbria e della Toscana.

parole chiave

Interpello – Riforma del processo tributario – Processo tributario telematico.

sommario

1. La revisione della disciplina degli interpelli. – **1.1.** Premessa. – **1.2.** L'istituto dell'interpello nell'ordinamento tributario. – **1.3.** Attuale riforma. – **1.3.1.** Interpello ordinario. – **1.3.2.** L'interpello probatorio. – **1.3.3.** Interpello anti-abuso. – **1.3.4.** Interpello disapplicativo. – **1.3.5.** Disciplina. – **1.3.6.** Legittimazione e presupposti. – **1.3.7.** Contenuto dell'istanza. – **1.3.8.** Istruttoria dell'interpello. – **1.3.9.** Inammissibilità dell'istanza. – **1.4.** Coordinamento con le altre disposizioni. – **1.5.** Disposizioni attuative e regole procedurali. – **1.6.** Interpello e contraddittorio endoprocessuale: considerazioni. – **2.** La nuova disciplina del processo tributario. – **2.1.** Premessa. – **2.2.** Aggiornamento delle disposizioni all'evoluzione dell'ordinamento tributario. – **2.2.1.** Oggetto della giurisdizione tributaria, parti del processo e capacità di stare in giudizio. – **2.2.2.** Assistenza tecnica. – **2.3.** Estensione degli strumenti deflattivi. – **2.3.1.** Reclamo-mediazione. – **2.3.2.** Conciliazione. – **2.4.** Estensione della tutela cautelare. – **2.4.1.** Sospensione dell'atto impugnato. – **2.4.2.** Sospensione della sentenza. – **2.5.** Immediata esecutività per tutte le parti delle sentenze non definitive e generalizzazione del giudizio di ottemperanza. – **2.6.** Rafforzamento del principio della soccombenza nella liquidazione delle spese di giudizio. – **2.7.** Modifiche della disciplina del ricorso per cassazione con il ricorso *per saltum* e della revocazione, e modifiche alla sospensione del processo. – **2.8.** Le comunicazione e notificazioni telematiche. – **2.9.** Osservazioni conclusive. – **3.** Il processo tributario telematico. – **3.1.** Premessa. – **3.2.** Ambito di applicazione. – **3.3.** S.I.Gi.T. – **3.4.** Regole tecniche ed operative. – **3.5.** Requisiti tecnici del ricorso e dei documenti processuali. – **3.6.** Il fascicolo informatico e la redazione e il deposito del verbale e dei provvedimenti. – **3.7.** Processo cartaceo e processo telematico: elementi di confronto e criticità.

1. La revisione della disciplina degli interpelli

1.1. Premessa

La delega conferita al governo dalla legge 11 marzo 2014, n. 23 per "la realizzazione di un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita" ha riguardato due aspetti: la revisione della disciplina degli interpelli e la revisione del contenzioso tributario.

L'interpello si sostanzia in un meccanismo di contraddittorio preventivo incentrato sul potenziamento del dialogo tra amministrazione e contribuente che, in adesione agli *inputs* derivanti della giurisprudenza nazionale e comunitaria assume il ruolo di imprescindibile modalità operativa di accertamento. Trattasi di uno strumento di partecipazione del contribuente che attraverso una sequenza procedimentale che parte dalla domanda che il contribuente rivolge all'amministrazione finanziaria in via preventiva conduce alla esternazione da parte della stessa di un parere sul quesito posto. In particolare l'interpello garantisce al contribuente un supporto dell'amministrazione finanziaria nella individuazione delle scelte fiscali corrette.

Il rafforzamento dell'istituto si inserisce nella manovra di deflazione del contenzioso operata con l'incentivazione degli strumenti di prevenzione delle liti e l'estensione degli istituti del reclamo e mediazione nonché con la penalizzazione delle liti pretestuose con la condanna al risarcimento del danno processuale.

La riforma dell'istituto dell'interpello, considerato tra i più efficaci strumenti di attuazione della *tax compliance,* è finalizzata a rafforzare la collaborazione tra l'amministrazione finanziaria e il contribuente ed ha seguito i criteri direttivi della legge delega a) di eliminare le forme obbligatorie di interpello che in vari casi rischiano di gravare i contribuenti di oneri maggiori rispetto al correlato beneficio; b) garantire maggiore omogeneità di disciplina tra le diverse forme di interpello, sia con riferimento alla finalità dell'istituto che alla garanzia di tutela giurisdizionale e delle regole procedurali applicabili; c) assicurare una maggiore tempestività nella redazione dei pareri, quale elemento ulteriore e diverso rispetto alla certezza dei tempi della risposta.

1.2. L'istituto dell'interpello nell'ordinamento tributario

Lo strumento dell'interpello era già previsto nell'ambito della l. 30 dicembre 1991 n. 413 art. 21 e nell'art. 37-*bis* c. 8 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 ma solo come strumento episodico di contatto privilegiato tra amministrazione fiscale e contribuente. L'interpello previsto dall'art. 21 l. n. 413 del 1991 c.d. antielusivo concerne la richiesta di un parere sul regime fiscale applicabile ad un atto o ad un'operazione che la parte privata intende porre in essere ed è circoscritto alle fattispecie indicate nelle disposizioni della norma ed a quelle ad essa collegate senza possibilità di estensione. Una maggiore ampiezza della sfera di applicazione, invece, ha la previsione dell'art. 37 c. 8 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 che prevede lo strumento del c.d. *tax rulling* utilizzato per escludere l'intervento di norme antielusive e in virtù del quale il contribuente può dimostrare che in una particolare fattispecie da lui prospettata non possono essere applicate le norme tributarie che limitano detrazioni, deduzioni, crediti di imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse, con lo scopo di contrastare comportamenti elusivi.

È tuttavia con lo Statuto dei diritti del contribuente di cui alla l. n. 212 del 2000 che l'interpello diventa, invece, uno strumento generale di dialogo in una sede diversa rispetto al confronto tradizionale previsto nell'ambito del procedimento di accertamento ed è qualificato come disposizione contenuta tra i principi generali dell'ordinamento tributario attraverso la clausola di "autorafforzamento" di cui all'art. 1 c. 1. L'art. 11 dello statuto prevede poi al comma 6 che «resta fermo quanto previsto dall'art. 21 della l. n. 413 del 1991» quasi a volerne sviluppare il contenuto dettandone una disciplina generale[1].

Rispetto all'istituto previsto dall'art. 21 della l. n. 413 del 1991, che concerne la richiesta di un parere su un regime fiscale applicabile ad un atto o un'operazione che il contribuente intende porre in essere, l'interpello previsto dallo Statuto presenta presupposti, ambiti di applicazione ed effetti differenti, poiché si incentra sull'applicazione delle norme tributarie a casi concreti e personali, qualora sussistano per il contribuente obiettive condizioni di incertezza interpretativa sulle disposizioni. La richiesta di intervento dell'Amministrazione Finanziaria dovrebbe risolvere l'incertezza sull'interpretazione della norma in relazione al caso concreto nell'interpello cd. ordinario o l'incertezza del fatto specifico alla luce delle disposizioni nel cui ambito esso deve essere sussunto nell'interpello c.d. speciale.

L'istituto è stato poi esteso dal legislatore anche alle disciplina sulle CFC, *controlled foreign companies ex* art. 167 c. 5 TUIR e in quella per l'esercizio dell'opzione ai fini del "consolidato mondiale" *ex* art. 132 c. 3 TUIR. Tuttavia in tali ipotesi l'interpello, previsto come strumento obbligatorio per la dimostrazione dei requisiti di applicabilità delle disposizioni normative indicate, esorbita dal profilo meramente interpretativo perché è rivolto alla valutazione di questioni fattuali ed operative a scopi antielusivi oppure di accertamento della sussistenza dei requisiti occorrenti per l'applicazione di quelle norme.

Sia pure con dubbi interpretativi anche la procedura del "*ruling internazionale*" prevista dall'art. 8 del d.l. n. 269 del 2003 riferita ad imprese che operano su scala internazionale e ad operazioni all'interno di gruppi societari, viene accostata all'istituto dell'interpello. Trattasi, tuttavia, di accordi con il contribuen-

[1] Morelli, *La pratica degli advanced rulings*, in *Lo Stato della Fiscalità nell'Unione Europea* II, a cura di A. Di Pietro, Roma 2003, p. 719 ss.

te che comportano un apprezzamento valutativo da parte dell'amministrazione sulla stessa quantificazione dell'imponibile con margini di discrezionalità che esorbitano dalla mera funzione interpretativa su una norma o su una operazione inerente all'interpello.

La pluralità dei modelli di riferimento, dotati ciascuno di proprie regole procedurali e di proprie garanzie, non sempre allineate, con il tempo più che costituire un valore si è tradotta in una complicazione del sistema, causando spesso disorientamento e confusione per i contribuenti nella scelta dello strumento da utilizzare caso per caso.

A tale criticità si è aggiunta la "insofferenza" manifestata dai contribuenti nei confronti di tutte le forme di interpello obbligatorio, generando un'esigenza di tutela giurisdizionale immediata.

Di qui la necessità di «un ripensamento dell'istituto in chiave di razionalizzazione e modernizzazione con l'obiettivo, nel rispetto delle sue prerogative intrinsecamente partecipative, di restituire all'interpello la funzione di strumento di dialogo privilegiato e qualificato del contribuente con l'amministrazione»[2].

1.3. Attuale riforma

L'art. 1 del d.lgs. n. 156 del 2015 ha riscritto l'art. 11 dello Statuto del contribuente l. n. 212 del 2000 sancendo il diritto di interpello del contribuente come principio statutario in materia fiscale: «il contribuente può interpellare l'amministrazione per ottenere una risposta riguardante fattispecie concrete e personali».

Le principali novità del decreto nella indicata ottica di razionalizzazione e semplificazione consistono:

- nel riconoscimento nello stesso Statuto del diritto di interpello in tutte le sue forme;
- nella previsione di regole procedurali e garanzie uniformi (quelle in particolare del silenzio assenso e della nullità degli atti impositivi e sanzionatori difformi dalla risposta), con la previsione di regole speciali solo per gli interpelli disapplicativi;
- accelerazione dei tempi di risposta e maggiore pubblicità delle risposte dell'amministrazione in sede di interpello.

Sia pure nell'ambito di un istituto sostanzialmente voluto come unitario, sono state individuate quattro tipologie di interpelli riconducibili alle due più ampie categorie degli interpelli consultivi e quelli per i quali è richiesta obbligatoriamente una risposta da parte della pubblica amministrazione:

a) interpello ordinario che verte sulla interpretazione delle disposizioni fiscali (qual è la regola?) o sulla qualificazione di un caso concreto (la regola vale nel mio caso?)
b) interpello probatorio che verte sulla sussistenza delle condizioni per l'adozione di un certo regime tributario (ricorrono nel mio caso i presupposti per una determinata agevolazione?)
c) l'interpello antiabuso sulla elusività delle operazioni realizzate (es. la riorganizzazione societaria in atto costituisce abuso del diritto?)
d) l'interpello disapplicativo obbligatorio per beneficiare di deduzioni, detrazioni, crediti di imposta o altre agevolazioni che la legge limita per evitare abusi.

1.3.1. Interpello ordinario

L'ambito applicativo viene ampliato poiché, accanto all'ipotesi già prevista nella precedente versione dell'art. 11 dello Statuto del contribuente del cd. interpello ordinario interpretativo, viene introdotto l'interpello ordinario qualificatorio.

La prima tipologia rimane sostanzialmente immutata, poiché il nuovo art. 11 c. 1, lett. a) dello Statuto del contribuente contiene una mera riformulazione del contenuto finora vigente della medesima norma dello Statuto. Si tratta di un interpello di natura generale, attivabile in relazione a qualsiasi disposizione tributaria che si presenti obiettivamente incerta nella sua applicazione alla fattispecie concreta e personale ed è previsto quando vi siano condizioni di oggettiva incertezza che incidano sulla corretta interpretazione della norma tributaria.

L'interpello ordinario "qualificatorio" è riferibile, invece, ad una situazione di obiettiva incertezza sulla qualificazione di una particolare fattispecie alla luce delle disposizioni tributarie applicabili alla medesima. Oggetto dell'interpello ordinario qualificatorio non è, quindi, la norma tributaria in sé considerata, ma la qualificazione della particolare fattispecie concreta di volta in volta rilevante. Sono escluse tuttavia, dall'ambito applicativo dell'interpello "qualificatorio", per espressa previsione di legge, le ipotesi incluse nell'alveo della nuova procedura di *ruling* internazionale prevista dall'art. 1 d.lgs. n. 147 del 2015, e quelle riconducibili alla nozione di "nuovo investimento" nell'accezione prevista dall'art. 2 del medesimo decreto n. 147 del 2015 per le quali è possibile attivare solo la procedura di interpello prevista dal medesimo decreto.

L'art. 11 c. 4 dello Statuto del contribuente precisa che non ricorrono le condizioni di obiettiva incertezza qualora l'amministrazione finanziaria abbia fornito la soluzione interpretativa per fattispecie corrispondenti a quelle prospettate dal contribuente mediante circolare, risoluzione, istruzioni o note rese pubbliche.

1.3.2. L'interpello probatorio (art. 11 c. 1 lett. c)

Costituisce una categoria molto ampia comprendente diverse tipologie di istanze previste dall'ordinamento e può essere attivato dal contribuente ogni qualvolta lo stesso voglia ottenere un parere dell'amministrazione finanziaria circa «la sussistenza delle condizioni e la valutazione dell'idoneità degli elementi

[2] In tal senso è il testo dell'*Audizione presso la Commissione Finanze e testo del Senato sul progetto di riforma*.

probatori richiesti dalla legge ai fini dell'adozione di specifici regimi fiscali nei casi espressamente previsti». Tali casi sono quelli attivabili con:

- le istanze di interpello in precedenza previste dall'art. 11 c. 13 della l. n. 413 del 1991 tese a fornire, in relazione alle operazioni intercorse con imprese residenti in paesi *black list*, la dimostrazione delle condizioni previste dall'art. 110 TUIR;
- le istanze concernenti la normativa in materia di CFC (*controlled foreign companies*) *ex* art. 167 TUIR.;
- le istanze presentate ai sensi dell'art. 113 TUIR dagli enti creditizi per chiedere di non applicare il regime proprio della *partecipation exemption* alle partecipazioni acquisite nell'ambito degli interventi finalizzati al recupero di crediti o derivanti dalla conversione in azioni di nuova emissione dei crediti verso imprese in temporanea difficoltà finanziaria, nel rispetto delle disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia;
- le istanze di interpello per la continuazione del consolidato domestico, ai sensi dell'art. 124 TUIR, presentate in occasione di operazioni straordinarie generalmente interruttive del medesimo, tese a verificare che, anche dopo l'effettuazione di tali operazioni, permangano tutti i requisiti previsti dalle disposizioni di cui agli artt. 117 e seguenti per l'accesso al regime;
- le istanze di interpello per l'accesso al consolidato mondiale di cui all'art. 132 TUIR;
- le istanze presentante dalle società non operative ai sensi e per gli effetti della disciplina prevista dall'art. 30 della legge 30 dicembre 1994, n. 724;
- le istanze previste ai fini del riconoscimento del beneficio ACE di cui all'art. 1 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, in presenza di operazioni potenzialmente suscettibili di comportare indebite duplicazioni del beneficio ai sensi dell'art. 10 d.m. 14 marzo 2012.

1.3.3. Interpello anti-abuso (art. 11 c. 1, lett. d)

Destinato ad assorbire le varie fattispecie ricomprese nell'interpello antielusivo di cui all'art. 21 l. n.413 del 1991, è lo strumento attraverso il quale il contribuente può richiedere all'amministrazione se le operazioni che intende realizzare costituiscano fattispecie di abuso del diritto.

L'ipotesi si collega alla nuova disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale introdotta dal d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128 che ha inserito l'art. 10-*bis* nello Statuto dei contribuenti definendo «abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti». Il comma 5 di tale norma prevede che il contribuente possa proporre interpello ai sensi dell'art. 11 c. 1, lett. c) per conoscere se le operazioni costituiscano fattispecie di abuso del diritto. L'interpello anti-abuso potrà essere attivato dal contribuente anche per conoscere il parere dell'amministrazione finanziaria in relazione alle ipotesi di interposizione ai sensi dell'art. 37 c. 3, d.P.R. n. 600 del 1973.

1.3.4. Interpello disapplicativo (art. 11 c. 2)

È mutuato dall'art. 37-*bis*, comma 8, d.p.r. n. 600 del 1973. Tale tipologia di istanza può essere presentata dal contribuente che voglia ottenere un parere circa la sussistenza delle condizioni che legittimano la disapplicazione di norme tributarie (altrimenti applicabili) che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive del soggetto passivo. A tale fine il contribuente dovrà dare prova che nella situazione concreta in cui si trova ad operare non possono realizzarsi gli effetti elusivi che la norma di volta in volta rilevante intende evitare. L'eventuale risposta negativa dell'amministrazione non pregiudica la possibilità del contribuente di fornire comunque la prova ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa. Inoltre, nel caso di risposta negativa, la nuova disciplina prevede espressamente la possibilità della sua impugnazione "differita", ossia unitamente al ricorso avverso l'avviso di accertamento (art. 6 c. 1 d.lgs. 156 del 2015)

Tale forma di interpello è l'unica a rivestire nella riforma carattere di adempimento obbligatorio.

1.3.5. Disciplina generale

L'amministrazione finanziaria dovrà rispondere al contribuente per iscritto entro 90 giorni alle istanze di cui alla lett. a) del comma 1 dell'art. 11 (interpello ordinario) e entro 120 giorni alle altre, mentre il silenzio equivarrà ad assenso alla soluzione prospettata dal contribuente.

Si attua così con una abbreviazione dei termini la maggiore tempestività della risposta dell'amministrazione garantendo una maggiore efficienza del sistema che, operando in via preventiva, presenta una utilità condizionata dalla celerità dei tempi di espletamento.

Importanti sono le conseguenze dell'interpello poiché la risposta data (espressa o tacita) sarà vincolante per ogni organo dell'amministrazione (perciò non solo per il singolo ufficio che ha fornito la risposta), sia pure limitatamente alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente al richiedente, stabilendosi una stabilità di interpretazione che è tutelata con la sanzione di nullità di ogni atto, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio difforme.

Attraverso tali effetti normativi di nullità si realizza al massimo grado la tutela della buona fede e dell'affidamento anche in caso di eventuale successiva modifica interpretativa dell'amministrazione finanziaria

L'efficacia della risposta all'istanza di interpello, infatti, si estende anche ai comportamenti successivi del

contribuente riconducibili alla fattispecie oggetto di interpello, salvo rettifica della soluzione interpretativa da parte dell'amministrazione che in tal caso, tuttavia, avrà valenza esclusivamente per gli eventuali comportamenti successivi.

Gli effetti dell'interpello, dunque, pongono il contribuente in una posizione di affidamento in relazione alla posizione assunta dall'amministrazione anche nelle ipotesi di successivi ripensamenti e rettifiche.

Tenuto conto della funzione dell'interpello e dell'esigenza deflattiva e non moltiplicativa del contenzioso è stato espressamente previsto che la risposta all'interpello non sia impugnabile, tranne le risposte agli interpelli disapplicativi, che restano ormai l'unica categoria di interpelli obbligatori nel sistema.

Possono così ritenersi superate le teorie che si sono contrapposte in passato sul tema della possibilità o meno di una tutela giurisdizionale immediata avverso le risposte alle istanze di interpello, fondate sulla natura giuridica delle risposte quali meri atti di indirizzo e orientamento dei comportamenti dei destinatari oppure quali atti di verificazione necessaria, assimilati a una sorta di autorizzazione amministrativa, che condizionavano il tema della tutela giurisdizionale.

La possibilità di impugnazione delle risposte agli interpelli disapplicativi è stata tuttavia attuata solo attraverso la previsione del sistema di cd. "tutela differita" che, partendo dalla non autonoma impugnabilità dell'atto in sé, ne sposta tuttavia la tutela giurisdizionale in corrispondenza del ricorso avverso l'eventuale atto successivo, funzionalmente e causalmente collegato. Pertanto il contribuente potrà far valere eventuali doglianze riferibili alle risposte rese dall'Amministrazione in relazione agli interpelli disapplicativi non con l'impugnazione diretta ed autonoma dell'atto ma solo in sede di ricorso proposto avverso il successivo ed eventuale atto impositivo.

Il decreto prevede, inoltre, che l'Amministrazione finanziaria provveda alla pubblicazione, nella forma di circolari e risoluzioni, delle risposte rese al ricorrente quando un elevato numero di contribuenti abbia presentato istanze aventi ad oggetto la stessa questione o questioni analoghe tra loro; nei casi in cui il parere sia stato reso in relazione a norme di recente approvazione o per le quali non siano stati resi chiarimenti ufficiali; nelle ipotesi in cui siano segnalati comportamenti non conformi da parte degli Uffici e in ogni altro caso in cui ritenga che il chiarimento fornito sia di interesse generale.

Trattasi di normativa programmatica nel contesto dello Statuto finalizzata, con la maggiore pubblicità delle risposte rese in sede di interpello, ad attuare i principi di trasparenza e di certezza dell'ordinamento laddove sussistano ragioni di opportunità di chiarimenti ufficiali sulla fattispecie concreta.

1.3.6. Legittimazione e presupposti (art. 2)

Sono legittimati a presentare istanza di interpello i contribuenti, anche non residenti, e i sostituti o responsabili dell'imposta, a condizione, però, che l'istanza si riferisca a casi concreti e personali.

Tutte le istanze di interpello sono caratterizzate dalla preventività rispetto al comportamento fiscalmente rilevante cioè devono essere presentate prima della scadenza dei termini per la presentazione della dichiarazione o dell'assolvimento di altri obblighi tributari, oggetto o comunque connessi alla fattispecie cui si riferisce l'istanza.

1.3.7. Contenuto dell'istanza (art. 3)

La norma disciplina analiticamente gli elementi che l'istanza deve contenere:

- i dati identificativi dell'istante e eventualmente del suo legale rappresentante;
- lo specifico riferimento alle disposizioni che disciplinano il diritto di interpello;
- la circostanza e specifica descrizione della fattispecie;
- le specifiche disposizioni di cui si richiede l'interpretazione, l'applicazione o la disapplicazione;
- l'esposizione, in modo chiaro e univoco, della soluzione proposta;
- l'indicazione del domicilio presso il quale la risposta deve essere comunicata;
- la sottoscrizione dell'istante o del suo legale rappresentante o procuratore generale.

Nel caso in cui le istanze siano carenti dei requisiti, l'Amministrazione invita il contribuente alla loro regolarizzazione entro il termine di 30 giorni. I termini per la risposta iniziano a decorrere dal giorno in cui la regolarizzazione viene effettuata.

Il contenuto dell'istanza è stato specificamente ed analiticamente previsto tenuto conto che l'atto di impulso del contribuente deve necessariamente attuarsi attraverso la descrizione precisa della questione concreta su cui si chiede il vaglio interpretativo dell'amministrazione e, a seconda del tipo di interpello, anche in ordine alla qualificazione sul piano giuridico della fattispecie, che deve essere considerata ai fini della emanazione del parere ovvero della accettazione implicita attraverso il silenzio assenso, a garanzia di certezza e trasparenza. Il quesito, infatti, deve essere circoscritto all'interesse effettivo e concreto del richiedente in relazione ai caratteri di concretezza e personalità cui lo Statuto affida la caratterizzazione delle questioni poste dal contribuente, che costituiscono l'ambito di vincolatività della risposta espressa dell'amministrazione o della sua adesione implicita (silenzio assenso). Quando il contribuente si uniforma alla risposta dell'amministrazione, si realizza un effetto di certezza giuridica sulle conseguenze derivanti dall'operazione o dall'atto posto in essere dal contribuente.

1.3.8. Istruttoria dell'interpello (art. 4)

Qualora l'amministrazione finanziaria non riesca a fornire risposta all'istanza di interpello sulla base dei documenti ad essa allegati, chiede, una sola volta, all'istante di integrare la documentazione presentata. In tal caso il parere è reso entro 90 giorni dalla ricezione della documentazione integrativa.

La mancata presentazione di detta documentazione entro un anno dalla richiesta comporta la rinuncia all'istanza, ferma restando la possibilità di presentare una nuova istanza, ove ne ricorrano i presupposti previsti dalla legge.

1.3.9. Inammissibilità dell'istanza (art. 5)

Sono inammissibili le istanze prive dei dati identificativi dell'interpellante e della specifica descrizione della fattispecie; le istanze non presentate preventivamente; le istanze prive delle obiettive condizioni di incertezza; quelle aventi ad oggetto una medesima questione sulla quale il contribuente ha già ottenuto un parere, salvo che vengano indicati elementi di fatto o di diritto non indicati precedentemente; quelle che vertono su materie oggetto della procedura di *ruling* internazionale o nuovi investimenti (artt. 1 e 2 d.lgs. n. 147 del 2015); quelle che vertono su questioni sulle quali sono già state avviate attività di controllo alla data di presentazione dell'istanza di cui il contribuente ha avuto formale conoscenza; quelle non integrate dal contribuente su invito dell'amministrazione, entro il termine previsto per l'adempimento.

1.4. Coordinamento con le altre disposizioni (art. 6)

Il legislatore ha previsto che le risposte alle istanze di interpello non sono mai impugnabili, salvo quelle rese in relazione agli interpelli disapplicativi, per le quali in sede di ricorso proposto a seguito di un atto impositivo, il contribuente può far valere eventuali doglianze riferibili alla risposta resa dall'amministrazione finanziaria.

Inoltre, se è stata fornita una risposta all'istanza di interpello disapplicativo, l'atto di accertamento avente ad oggetto deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta deve essere preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di 60 giorni.

Infine, si segnala che le disposizioni di cui all'art. 32 c. 4, d.P.R. n. 600 del 1973[3] non si applicano ai dati, notizie, atti, registri o documenti richiesti dall'Amministrazione finanziaria nel corso dell'istruttoria delle istanze di interpello.

[3] L'art. 32 c. 4, d.P.R. n. 600 del 1973 prevede l'«invio ai contribuenti di questionari relativi a dati e notizie di carattere specifico rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti nonché nei confronti di altri contribuenti con i quali abbiano intrattenuto rapporti, con invito a restituirli compilati e firmati».

1.5. Disposizioni attuative e regole procedurali

Con provvedimenti dei direttori delle agenzie fiscali sono poi stabilite le modalità di presentazione delle istanze di interpello ed indicati gli Uffici a cui le stesse devono essere trasmesse e quelli da cui perverranno le risposte, le modalità di comunicazione delle medesime, nonché ogni altra regola procedurale.

Alle istanze presentate prima dell'emanazione dei suddetti provvedimenti sono applicabili le disposizioni vigenti al momento di presentazione dell'istanza.

1.6. Interpello e contraddittorio endoprocessuale: considerazioni

Non vi è dubbio che il potenziamento dell'istituto dell'interpello con la revisione della relativa disciplina e la previsione del diritto di interpello del contribuente come principio statutario in materia fiscale contribuiscano ad una attuazione più generalizzata del contraddittorio endoprocessuale, in conformità ai criteri direttivi della legge delega n. 213 del 2014 sulla «previsione di forme di contraddittorio propedeutiche alla adozione degli atti di accertamento dei tributi» (art. 1 c.1, lett. b) e sul rafforzamento «del contraddittorio nella fase di indagine e la subordinazione dei successivi atti di accertamento e di liquidazione all'esaurimento del contraddittorio procedimentale» e in avvicinamento della legislazione tributaria nazionale ai principi comunitari in materia.

La portata della riforma sul punto può essere colta tenuto conto della inesistenza nell'ordinamento tributario nazionale di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale, a differenza del diritto dell'Unione Europea, e della previsione solo di ipotesi specifiche di atti per i quali detto obbligo è espressamente contemplato, peraltro a condizioni e con modalità ed effetti differenti in rapporto alle singole e specifiche ipotesi[4].

[4] Tra le ipotesi: l. n. 212 del 2000, art. 12, comma 7, con riguardo agli avvisi conseguenti a verifiche effettuate presso i locali del contribuente; la l. n. 549 del 1995, art. 3, comma 185, e l. n. 146 del 1998, art. 10, comma 3-*bis*, (introdotto dalla l. n. 311 del 2004, art. 1, comma 409, lett. b), in tema di "accertamenti standardizzati"; il d.P.R. n. 600 del 1973, art. 36-*bis*, comma 3, e d.P.R. n. 633 del 1972, art. 54-*bis*, comma 3, nonché la l. n. 212 del 2000, art. 6, comma 5, con riferimento alle liquidazioni delle imposte in base alla dichiarazione; il d.P.R. n. 600 del 1973, art. 36-*ter*, comma 4, in rapporto al controllo formale delle dichiarazioni ai fini delle imposte dirette; il d.P.R. n. 600 del 1973, art. 38, comma 7, (come modificato dal d.l. n. 78 del 2010, art. 22, comma 1, convertito in l. n. 122 del 2010), in tema di accertamento sintetico; l'art. 110, comma 11, (e, in precedenza, il d.P.R. n. 917 del 1986, art. 76, comma 7-*ter*), in tema di recupero a tassazione di deduzioni di costi relativi ad operazioni intercorse con imprese con sede in Paesi Black list; l'art. 37-*bis*, comma 4, (introdotto dal d.lgs. n. 358 del 1997, ed abrogato dal d.lgs. n. 128 del 2015, art. 1, comma 2), in merito agli accertamenti in materia di imposte dirette fondati su ipotesi di abuso di diritto; la l. n. 212 del 2000, art. 10-*bis*, comma 6; il d.lgs. n. 374 del 1990, art. 11, comma 4-*bis*, (introdotto dal d.l. n. 1 del 2012, art. 92, comma 1, convertito in l. n. 27 del 2012), in materia doganale.

Le sezioni unite della Cassazione nella recente sentenza n. 24823 del 9 dicembre 2015 proprio sul rilievo della divergenza tra disciplina Europea e disciplina nazionale in tema di contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria, per la presenza nella prima e l'assenza nella seconda dell'obbligo generalizzato del contraddittorio endoprocedimentale, e tenuto conto della operatività dei principi dell'ordinamento giuridico dell'Unione solo nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, hanno affermato, l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l'invalidità dell'atto, solo per i c.d. tributi armonizzati per i quali vi è diretta applicazione del diritto dell'Unione.

Orbene può oggi ritenersi che proprio con la riforma dell'interpello, sia pure in via preventiva e facoltativa, possa recuperarsi il contraddittorio tra contribuente ed amministrazione finanziaria anche al di fuori delle ipotesi tipizzate dalla legge e che tale anticipazione dei poteri partecipativi del contribuente nel momento anteriore all'emanazione dell'atto impositivo, possa contribuire a bilanciare la situazione di "disparità delle armi" in dotazione alle parti processuali, incidendo così sulla stessa effettività della tutela giudiziale del contribuente stesso.

2. La nuova disciplina del processo tributario

2.1. Premessa

Il decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 156, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 223 del 7 ottobre 2015 – Supplemento ordinario n. 55, è intervenuto dopo oltre venti anni dall'ultima riforma del legislatore ad attuare una revisione del processo tributario con modifiche ed integrazioni delle norme del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 che attualmente disciplina il processo tributario.

Il decreto di riforma è stato emanato in attuazione della delega al Governo con l'art. 10 l. 11 marzo 2014, n. 23, per la introduzione di "norme per il rafforzamento della tutela giurisdizionale del contribuente, assicurando la terzietà dell'organo giudicante".

Sulla base di quanto stabilito dalla delega l'articolo 9 del d.lgs. 156 del 2015 ha apportato rilevanti modifiche al d.lgs. 546 del 1992, concernente la disciplina del processo tributario. Il successivo art. 10, per assicurare il coordinamento tra le modifiche del processo tributario e le disposizioni degli altri testi legislativi, è intervenuto sull'articolo 63 d.P.R. 600 del 1973 (in tema di rappresentanza e assistenza dei contribuenti), sul comma 3-*bis* dell'articolo 14 d.P.R. 115 del 2002 (in tema di determinazione del valore della lite ai fini del contributo unificato[5]; sugli articoli 19 e 22 d.lgs. 472 del 1997, in tema, rispettivamente, di esecuzione delle sanzioni amministrative per violazioni tributarie e di ipoteca e sequestro conservativo. Infine, l'articolo 11 d.lgs. 156 del 2015 ha apportato modifiche al d.lgs. 545 del 1992, riguardante l'ordinamento degli organi di giurisdizione tributaria.

Ai sensi dell'articolo 12 la riforma del contenzioso è entrata in vigore il 1° gennaio 2016, ad eccezione delle disposizioni relative ai nuovi articoli 67-*bis* (esecuzione provvisoria delle sentenze delle commissioni tributarie) e 69 (esecuzione delle sentenze di condanna in favore del contribuente) nonché della disposizione abrogativa dell'articolo 69-*bis*[6] del vigente d.lgs. 546 del 1992, per le quali l'entrata in vigore è stabilita al 1° giugno 2016. Le nuove norme processuali si applicano a tutti i giudizi pendenti alla data della loro entrata in vigore.

Le nuove norme sono volte al superamento delle criticità evidenziate nella relazione illustrativa al d.lgs. 156 del 2015 che aveva sottolineato come l'attuale situazione del contenzioso tributario sia caratterizzata da una elevata conflittualità, con numerose controversie di modesto valore, una forte richiesta di sospensione degli atti di riscossione da parte dei contribuenti, un limitato utilizzo della conciliazione giudiziale e un elevato ricorso alla compensazione delle spese di giudizio nelle fasi di merito. Inoltre, le nuove norme apportano correttivi ad alcune disposizioni sul processo tributario per adeguarle all'evoluzione normativa e giurisprudenziale verificatasi nel corso degli anni.[7]

In attuazione dei principi e dei criteri direttivi della legge delega le più importanti modifiche riguardano:

– l'aggiornamento delle disposizioni all'evoluzione dell'ordinamento tributario con l'ampliamento della difesa personale e delle categorie dei soggetti abilitati all'assistenza tecnica dinanzi alle Commissioni Tributarie;
– l'estensione degli strumenti deflattivi del contenzioso, con estensione del campo di applicazione della conciliazione al giudizio di appello e alle controversie soggette a reclamo/ mediazione, ed estensione dell'ambito di operatività del reclamo/ mediazione alle controversie dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, degli enti locali degli agenti della riscossione e dei soggetti iscritti all'albo di cui

[5] La modifica consiste nel richiamo al nuovo comma 2 del d.lgs. 546/ del 992, che fissa i criteri per la determinazione del valore della lite.

[6] Secondo l'articolo 69-*bis* del d.lgs. 546 del 1992, la cui abrogazione è prevista dall'articolo 9, comma 1, lettera hh), del d.lgs. 156 del 2015, "Se la commissione tributaria accoglie totalmente o parzialmente il ricorso proposto avverso gli atti relativi alle operazioni catastali indicate nell'articolo 2, comma 2, e la relativa sentenza è passata in giudicato, la segreteria ne rilascia copia munita dell'attestazione di passaggio in giudicato, sulla base della quale l'ufficio dell'Agenzia del territorio provvede all'aggiornamento degli atti catastali.

[7] Nella relazione illustrativa è evidenziato che la riforma si inserisce «in un quadro macroeconomico completamente difforme rispetto a quello» riconducibile alla entrata in vigore del d.lgs. n. 546 del 1992 «e in un sistema normativo caratterizzato da una continua evoluzione di alcuni istituti dell'ordinamento tributario, generata anche dalle diverse riforme che hanno interessato la maggior parte dei tributi».

all'art. 53 del decreto legislativo 15 dicembre 1997 n. 446 e alle controversie catastali;
- l'estensione della tutela cautelare con rivisitazione della relativa disciplina, estesa a tutte le fase del processo;
- l'immediata esecutività per tutte le parti delle sentenze non definitive di condanna di pagamento di somme in favore del contribuente e di quelle di impugnazione di atti relativi ad operazioni catastali;
- generalizzazione del giudizio di ottemperanza per la esecuzione delle sentenze con esclusione della procedura ordinaria esecutiva;
- rafforzamento del principio di soccombenza nella liquidazione delle spese di giudizio.

2.2. Aggiornamento delle disposizioni all'evoluzione dell'ordinamento tributario

2.2.1 Oggetto della giurisdizione tributaria, parti del processo e capacità di stare in giudizio (artt. 2. 4, 11, 23)

L'art. 2 d.lgs. 546 del 1992 è stato modificato con la eliminazione nella indicazione dell'oggetto della giurisdizione tributaria delle controversie vertenti sulle "sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari" e su determinati canoni gestiti dagli enti locali.

Tale modifica ha recepito le statuizioni della giurisprudenza della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'illegittimità del citato articolo nelle parti concernenti l'attribuzione ai giudici tributari delle controversie sulle sanzioni amministrative comunque irrogate da uffici finanziari, anche qualora conseguenti alla violazione di disposizioni non aventi natura tributaria (sentenza 14 maggio 2008, n. 130), nonché sui canoni per l'occupazione di spazi e aree pubbliche (sentenza 14 marzo 2008, n. 64) e per lo scarico e la depurazione delle acque reflue (sentenza 11 febbraio 2010, n. 39).

Al fine di aggiornare le denominazioni degli enti impositori e dei soggetti svolgenti attività di riscossione, tenuto conto della riforma dell'amministrazione finanziaria e del sistema di riscossione dei tributi, all'art. 4 è stabilito che le commissioni tributarie provinciali sono competenti sulle controversie proposte «nei confronti degli enti impositori, degli agenti della riscossione e dei soggetti iscritti all'albo di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, che hanno sede nella loro circoscrizione». Coerentemente è stata modificata in senso analogo l'indicazione della parte resistente nell'art. 23 c.1.

All'art. 11 c. 2 è stata estesa la possibilità di difesa diretta agli uffici dell'agente della riscossione, che in tal modo potranno stare in giudizio alla pari degli uffici delle agenzie fiscali, ed è stata sostituita la vecchia denominazione di "ufficio del Ministero delle finanze" con quella attuale di "ufficio dell'Agenzia delle Entrate e dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300".

Con riferimento al contenzioso in materia di contributo unificato è stata prevista la legittimazione processuale delle cancellerie e segreterie degli uffici giudiziari e cioè degli uffici che provvedono all'accertamento e alla liquidazione di tale tributo anche innanzi alle commissioni tributarie regionali, superando la limitazione al solo primo grado di giudizio prima prevista dal comma 3-*bis*.

2.2.2 Assistenza tecnica (art. 12)

L'art. 12 d.lgs. 546 del 1992 è stato profondamente modificato. Fermo restando il principio generale della obbligatorietà dell'assistenza tecnica con difensore abilitato, con esclusione delle cause di modico valore, la soglia di queste ultime è stata leggermente elevata da 2.582 a 3.000 euro. Il nuovo comma 10 dell'art. 12 cit. ha previsto poi espressamente, in caso di difetto di rappresentanza, l'applicazione dell'art. 182 c.p.c., recependo così i principi ripetutamente affermati dalla Corte di Cassazione[8] nella stessa interpretazione del previgente art. 12 e dalla stessa Corte Costituzionale (sent. 13 giugno 2000 n. 189), in armonia con un sistema processuale volto a garantire la tutela delle parti, secondo cui l'inammissibilità del ricorso tributario per invalida costituzione della parte privata deve intendersi riferita solo all'ipotesi in cui sia rimasto ineseguito l'ordine del Presidente, della commissione, della sezione o del collegio di munirsi nel termine fissato di un difensore abilitato.

Altra novità è rappresentata dall'estensione del novero di soggetti abilitati all'assistenza tecnica innanzi alle commissioni tributarie anche ai dipendenti dei Caf e delle relative società di servizi che siano in possesso, congiuntamente, degli specifici requisiti di professionalità. I predetti dipendenti possono difendere i propri assistiti esclusivamente nei contenziosi tributari che scaturiscono dall'attività di assistenza loro prestata, come quelli relativi al disconoscimento degli oneri e delle spese indicati nella dichiarazione compilata e trasmessa dal medesimo Caf. Ai sensi del comma 9 i soggetti abilitati all'assistenza tecnica possono stare in giudizio personalmente nelle controversie che li riguardano, ferme restando le limitazioni all'oggetto

[8] Cass., sez. un., 2 dicembre 2004, n. 22601 secondo cui l'art. 182, primo comma, cod. proc. civ., va interpretato nel senso che il giudice che rilevi l'omesso deposito della procura speciale alle liti, di cui all'art. 83, terzo comma, c.p.c., enunciata ma non rinvenuta negli atti della parte, è tenuto ad invitare quest'ultima a produrre l'atto mancante. Tale invito può essere fatto in qualsiasi momento, anche in sede di appello, e solo se infruttuoso il giudice deve dichiarare invalida la costituzione della parte in giudizio. Cass. civ., sez. III, 11 settembre 2014, n. 19169: l'obbligo del giudice di invitare la parte privata a munirsi di un difensore tecnico nelle controversie tributarie di valore superiore ai cinque milioni di lire, evitando un'immediata declaratoria d'inammissibilità del ricorso, non costituisce un mezzo sproporzionato per assicurare effettività di tutela giurisdizionale contro gli atti dell'Amministrazione finanziaria, in relazione al dettato ed alle finalità degli art. 12 e 18 d.lg. 31 dicembre 1992 n. 546.

della loro attività. La gestione degli elenchi relativi ai soggetti abilitati all'assistenza tecnica di cui al comma 3, lett. d), e), f), g) e h) è accentrata in capo al dipartimento delle Finanze ed è previsto altresì che il Ministero dell'Economia e delle Finanze, ai sensi dell'articolo 63, terzo comma, del d.P.R. 600 del 1973 (anch'esso modificato dall'articolo 10 del d.lgs. 156 del 2015), può autorizzare all'esercizio dell'assistenza e della rappresentanza innanzi alle commissioni tributarie gli impiegati delle carriere dirigenziale, direttiva e di concetto dell'amministrazione finanziaria, nonché gli ufficiali e i sottufficiali della Guardia di finanza, collocati a riposo dopo almeno venti anni di effettivo servizio.

2.3. Estensione degli strumenti deflattivi

È una delle principali novità della riforma del contenzioso tributario per favorire la definizione "veloce" anche delle liti tributarie pendenti ed è stata attuata sia attraverso l'estensione dell'ambito di operatività del reclamo- mediazione previsto dall'art. 17-*bis* del d.lgs. n. 546 del 1992 sia tramite l'estensione dell'ambito di applicazione della conciliazione anche al giudizio di appello e alle controversie soggette a reclamo - mediazione.

2.3.1. Reclamo - mediazione

Il testo dell'art. 17-*bis* d.lgs. 546 del 1992, rubricato "il reclamo e la mediazione", è stato completamente revisionato ed integrato dall'art. 9 c. 1 lett. l) del decreto di riforma. Il reclamo/mediazione, rimane uno strumento obbligatorio, che consente, attraverso l'esame preventivo della fondatezza dei motivi del ricorso e della legittimità della pretesa tributaria, una verifica circa la possibilità di evitare, anche mediante il raggiungimento di un accordo di mediazione, che la controversia prosegua in via giudiziaria.

L'istituto che era previsto solo per le controversie di valore non superiore a € 20.000,00 relative ad atti emessi dalla Agenzia delle Entrate, con la riforma viene esteso, fermo restando il limite di valore[9], anche alle controversie dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, a quelle degli enti locali, degli agenti della riscossione e dei soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 53 del decreto legislativo 15 dicembre 1997 n. 446[10], nonché alle controversie catastali.

L'estensione dell'ambito di operatività del reclamo/ mediazione risponde all'esigenza di garantire il rispetto della principio di economicità dell'azione amministrativa e tiene conto della positiva verifica degli effetti deflattivi del contenzioso sugli atti emessi dall'agenzia delle entrate, significativa soprattutto in relazione all'elevato numero di controversie di modesto valore che caratterizza il contenzioso tributario.

Il comma 6 del nuovo art. 17-*bis* ha previsto espressamente che sono assoggettate alla mediazione anche le controversie relative al rifiuto tacito alla restituzione dei tributi, sanzioni, interessi ed altri accessori, recependo l'interpretazione che, invero, l'agenzia delle entrate aveva già sostenuto nella circolare n. 9/E del 2012. È stata confermata l'esclusione dall'ambito di applicabilità del reclamo/mediazione delle controversie di valore indeterminabile, ad eccezione delle liti in materia catastale, individuate dall'articolo 2, comma 2, del d.lgs. 546 del 1992, nonché delle liti in materia di aiuti di Stato, individuate dal successivo articolo 47-*bis*.

Risultano semplificate le modalità di instaurazione del procedimento di reclamo/ mediazione con la previsione del comma 1 dell'art. 17-*bis* secondo cui «il ricorso produce anche gli effetti di un reclamo e può contenere una proposta di mediazione con rideterminazione dell'ammontare della pretesa». La presentazione del ricorso giurisdizionale produce cioè sia gli effetti dell'atto di impugnazione, sia quelli del reclamo/mediazione. Nella pregressa disciplina era, invece, necessaria un'apposita istanza di reclamo, fondata sui medesimi motivi del ricorso giurisdizionale il quale poteva essere depositato solo dopo il decorso dei termini previsti per la conclusione del procedimento amministrativo.

Il comma 2 del riformato art. 17-*bis* ha previsto che «Il ricorso non è procedibile fino alla scadenza del termine di novanta giorni dalla data di notifica, entro il quale deve essere conclusa la procedura di cui al presente articolo». Con la proposizione del ricorso si apre, dunque, una fase amministrativa della durata di 90 giorni per lo svolgimento del procedimento di reclamo/ mediazione che si colloca temporalmente tra l'inizio dell'azione giudiziaria, che si apre con la notifica del ricorso e la instaurazione (eventuale) del giudizio, durante la quale sono sospesi i termini per la costituzione della parte ricorrente. Infatti, il termine di trenta giorni previsto dall'art. 22 d.lgs. 546 del 1992 decorre solo dopo la scadenza del termine dilatorio dei 90 giorni finalizzato all'esame del reclamo e dell'eventuale proposta di mediazione. Ne consegue che, se la costituzione in giudizio è invece avvenuta prima della scadenza dei 90 giorni, la commissione tributaria dovrà rinviare la trattazione della causa per consentire il completamento della procedura di reclamo.

È stata confermata la previsione della sospensione della riscossione delle somme dovute sulla base dell'atto oggetto di contestazione e della imposizione, in caso di esito negativo del reclamo, della corresponsione degli interessi previsti dalle singole leggi di imposta. È stata, tuttavia, esclusa dal nuovo testo dell'art. 17-*bis*

[9] Al riguardo le disposizioni dell'art. 12, c. 2, che individuano il valore della lite con riferimento all'importo del tributo, al netto degli interessi e delle eventuali sanzioni, irrogate con l'atto impugnato, sono rimaste invariate.

[10] Si tratta dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e di riscossione dei tributi e delle altre entrate delle province e dei comuni.

la previsione dell'inoperatività della sospensione legale della riscossione nei casi di improcedibilità per anticipata costituzione in giudizio del ricorrente, sospensione che pertanto deve ritenersi ormai automaticamente prevista anche in tale ipotesi.

La fase dell'istruttoria del reclamo/mediazione segue le stesse regole della disciplina previgente.

Non ha trovato, infatti, attuazione la proposta di gestire la mediazione tributaria con l'istituzione dei cd. "tribunali del fisco" e cioè di strutture autonome dall'Agenzia delle entrate e degli enti impositori, formata da una "sezione mediazione" a composizione mista (giudice onorario tributario, funzionario delle entrate, professionista abilitato ed esperto nello specifico settore), funzionante come una sorta di collegio arbitrale. Come si legge nella relazione illustrativa alla riforma, l'opzione di istituire un soggetto "terzo", deputato all'istruttoria, come per la mediazione civile, è stata esclusa dal legislatore sulla considerazione della prevalenza, per il reclamo/ mediazione nell'ambito tributario, del carattere di strumento di autotutela dell'ente impositore, stimolato a procedere ad una più adeguata determinazione e a rivedere eventuali errori prima dell'intervento del giudice.

Tale rilievo trova riscontro nella espressa previsione dei criteri su cui devono fondarsi le valutazioni dell'ente impositore, invero già previsti nella previgente disciplina e riconfermati nella riforma, e cioè l'«eventuale incertezza delle questioni controverse», il «grado di sostenibilità della pretesa» e il «principio di economicità dell'azione amministrativa». Trattasi, invero, di parametri informatori della stessa discrezionalità amministrativa.

Resta, in ogni caso la previsione (attuale comma 4) secondo cui l'esame del reclamo e della proposta di mediazione è affidato, pur sempre nell'ambito delle agenzie delle entrate, delle dogane e dei monopoli ad apposite strutture, diverse ed autonome da quelle che curano l'istruttoria degli atti reclamabili. Per gli altri enti impositori tale disposizione si applica solo compatibilmente con la propria struttura organizzativa.

Restano invariate anche le modalità di perfezionamento dell'accordo mediazione: con il pagamento, entro venti giorni dalla data di sottoscrizione dell'accordo dell'importo dovuto per la mediazione o, in caso di pagamento rateale, della prima rata, se la controversia ha ad oggetto un atto impositivo o di riscossione; con la sottoscrizione dell'accordo stesso, se la controversia ha ad oggetto il rifiuto espresso o tacito alla richiesta di restituzione di somme e per le controversie aventi ad oggetto operazioni catastali.

Al fine di favorire la mediazione la nuova disciplina ha previsto una quantificazione del beneficio della riduzione delle sanzioni in senso più favorevole per il contribuente, poiché le sanzioni sono state ridotte al 35 per cento (mentre in precedenza la percentuale era fissata al 40 per cento) e sono irrogabili sulla base del minimo edittale previsto dalla legge e non più in rapporto all'ammontare del tributo risultante dalla mediazione. La nuova percentuale si colloca quale entità intermedia tra le due misure – da un terzo al 40 per cento – di riduzione delle sanzioni previste, rispettivamente, per l'accertamento con adesione e per la conciliazione conclusa nel corso del primo grado di giudizio.

2.3.2. Conciliazione

L'art. 10, comma 1, lett. a) della legge delega n. 23 del 2014 ha previsto tra i criteri direttivi della riforma, quello del "rafforzamento e razionalizzazione dell'istituto della conciliazione nel processo tributario", nell'intento di superare la criticità legata allo scarso utilizzo di tale istituto e "anche a fini di deflazione del contenzioso e di coordinamento con la disciplina del contraddittorio fra il contribuente e l'amministrazione nelle fasi amministrative di accertamento del tributo, con particolare riguardo ai contribuenti nei confronti dei quali sono configurate violazioni di minore entità".

La nuova disciplina della conciliazione giudiziale è contenuta in tre norme che si applicano, per espressa previsione legislativa, anche ai giudizi pendenti alla data del 1° gennaio 2016: l'art. 48 che disciplina la conciliazione fuori udienza, l'art 48-*bis* sulla conciliazione in udienza e l'art. 48-*ter* che detta disposizioni, comuni alle due tipologie di conciliazione, per la definizione e il pagamento delle somme dovute.

Tra le modifiche più rilevanti va evidenziata innanzitutto l'estensione dell'ambito di applicazione dell'istituto al secondo grado di giudizio, superando la limitazione della previgente disciplina che limitava l'istituto solo alle controversie tributarie pendenti in primo grado. È stato, infatti, eliminato il riferimento al limite temporale entro cui la conciliazione può avere luogo, che il previgente articolo 48, comma 2, individuava nella prima udienza innanzi alla commissione tributaria provinciale. La proposta di estendere la conciliazione anche al grado di cassazione è stata, invece, esclusa dal legislatore, stante la particolare natura di tale giudizio, dal quale sono esclusi gli accertamenti in fatto.

Al fine di potenziare gli effetti deflattivi non solo nella fase anteriore ma anche in corso di causa, è stata eliminata nella riforma la previsione di alternatività tra reclamo/mediazione e conciliazione sicché deve ritenersi che dalla entrata in vigore della nuova disciplina, e cioè dal 1° gennaio 2016, anche le controversie instaurate a seguito del rigetto dell'istanza di reclamo/ mediazione, o in caso di mancata conclusione dell'accordo di mediazione, rientrino nell'ambito di applicabilità della disciplina della conciliazione disciplinata dagli artt. 48, 48-*bis* e 48-*ter* d.lgs. 546 del 1992.

Altra novità è l'individuazione di un diverso momento di perfezionamento della conciliazione che nella previgente disciplina avveniva, successivamente

alla sottoscrizione dell'accordo, nel momento del pagamento dell'intera somma o della prima rata, mentre nell'attuale previsione coincide con la sottoscrizione dell'accordo che formalizza l'incontro di volontà delle parti (per la conciliazione fuori udienza) o con la redazione del processo verbale in cui l'accordo è formalizzato (nella conciliazione in udienza). Deve ritenersi che l'accordo assuma efficacia novativa del precedente rapporto, atteso che il mancato pagamento delle somme dovute dal contribuente determina l'iscrizione a ruolo del nuovo credito derivante dall'accordo stesso e l'applicazione del conseguente regime sanzionatorio per l'omesso versamento. D'altro canto, qualora sia l'amministrazione stessa a non dare esecuzione al pagamento di quanto concordato, l'accordo conciliativo legittima il contribuente ad esperire l'azione esecutiva dinanzi al G.O., analogamente a quanto previsto nella disciplina del reclamo/mediazione.

La conciliazione fuori udienza si realizza, come nella pregressa disciplina, con il deposito in giudizio dell'istanza congiunta e cioè della proposta di conciliazione sottoscritta per adesione dall'altra parte. Tuttavia mentre nella previgente disciplina solo l'ufficio finanziario era deputato a tale deposito, lo stesso è ora possibile per ciascuna delle parti e pertanto anche da parte del contribuente. Anche se non è espressamente previsto un termine per il deposito dell'accordo di conciliazione (che la pregressa disciplina individuava nella data di trattazione in camera di consiglio), deve ritenersi che il limite temporale coincida con il momento in cui la causa è trattenuta per la decisione, poiché il superamento di tale termine vanificherebbe il fine deflattivo della conciliazione.

Per la conciliazione in udienza il termine di presentazione dell'istanza è quello previsto dall'art. 32 d.lgs. 546 del 1992 per il deposito delle memorie illustrative e cioè entro dieci giorni liberi prima dell'udienza di trattazione, riferibile sia al primo che al secondo grado di giudizio.

In caso di conciliazione totale o parziale della controversia, i commi 2 e 3 dell'articolo 48 hanno previsto la tipologia dei provvedimenti che possono essere adottati dal giudice per dichiarare la cessazione della materia del contendere. Se è già stata fissata l'udienza, la Commissione pronuncia sentenza in presenza di accordo totale, ovvero ordinanza se l'accordo è parziale, procedendo in tal caso all'ulteriore trattazione della causa con emissione della sentenza al termine del giudizio di merito per le questioni che non sono state oggetto di conciliazione. Se, invece, la data di udienza non è fissata, provvede il presidente di sezione con apposito decreto.

L'attuale disciplina della conciliazione ha previsto, infine, disposizioni più favorevoli al contribuente nella riduzione delle sanzioni, sempre allo scopo di incentivare l'istituto deflattivo. L'art. 48-*ter* ha stabilito la riduzione al quaranta per cento del minimo previsto dalla legge, qualora l'accordo intervenga nel primo grado di giudizio e del cinquanta per cento se la conciliazione avviene in appello[11].

Un trattamento maggiormente favorevole per il contribuente è previsto anche nella disciplina del pagamento delle somme dovute a seguito della conciliazione, cui si applica una disciplina uniforme a quella prevista per il pagamento delle somme dovute a seguito di accertamento con adesione e di reclamo/mediazione, che è quella prevista all'art. 8, comma 2 del d.lgs. n. 218 del 1997 (come sostituito dall'art. 2 d.lgs. 159/2015). È ammessa la possibilità di pagamento in forma rateale delle somme dovute "in un massimo di otto rate trimestrali di pari importo, o in un massimo di sedici rate trimestrali se le somme dovute superano i cinquantamila euro". Sull'importo delle rate successive alla prima sono dovuti gli interessi calcolati dal giorno successivo al termine di versamento della prima rata. In precedenza, secondo quanto stabilito dal previgente articolo 48 d.lgs. 546 del 1992, la rateizzazione era ammessa in un massimo di otto rate, elevate a dodici nel caso di somme superiori ai cinquantamila euro.

2.4. Estensione della tutela cautelare

2.4.1. Sospensione dell'atto impugnato

In attuazione del principio della legge delega n. 23 del 2014, enunciato nell'articolo 10, comma 1, lettera b), n. 9 per "l'uniformazione e la generalizzazione della tutela cautelare", è stata prevista con le modifiche all'art. 47 d.lgs. 546 del 1992, una disciplina più dettagliata e organica della sospensione, tanto degli atti quanto delle sentenze, che è stata estesa a tutte le fasi del processo, in conformità con gli indirizzi progressivamente elaborati dalla giurisprudenza.

La sospensione dell'atto impugnato resta subordinata all'esistenza del "danno grave ed irreparabile" e va richiesta con apposita istanza contenuta nel ricorso o presentata con atto separato, notificato debitamente alla controparte e depositato, dopo la costituzione in giudizio del ricorrente, presso la segreteria della commissione tributaria. Poiché la funzione della sospensione è quella di paralizzare gli effetti pregiudizievoli dell'atto nelle more del giudizio, può avere ad oggetto solo gli atti a contenuto impositivo e pertanto non risulta ammissibile per il diniego espresso o tacito di rimborsi o agevolazioni.

Deve ritenersi che comunque i presupposti per la sospensione che il giudice deve riscontrare all'esito di una pur sommaria delibazione, sono sia il *fumus boni iuris*, ossia la fondatezza *prima facie* dei motivi di ricorso che il *periculum in mora*, ossia il pericolo

[11] In base alla pregressa disciplina, in caso di avvenuta conciliazione le sanzioni erano applicabili nella misura del «40 per cento delle somme irrogabili in rapporto dell'ammontare del tributo risultante dalla conciliazione medesima» e, in ogni caso, in misura non inferiore al «40 per cento dei minimi edittali previsti per le violazioni più gravi relative a ciascun tributo».

di danno grave ed irreparabile (anche in presenza di futura sentenza definitiva favorevole), che l'esecuzione dell'atto cagionerebbe. Nella valutazione dei presupposti della sospensione, l'interesse del ricorrente va bilanciato con quello dell'ente impositore alla tutela del credito erariale. Il giudice può, infatti, subordinare i provvedimenti cautelari ad idonea garanzia, la cui disciplina di dettaglio è rimessa ad un emanando decreto di attuazione, così da prestabilire il contenuto, la durata della garanzia e il termine entro il quale essa può essere escussa evitando, di conseguenza, le eventuali divergenze tra le parti in merito all'idoneità della garanzia stessa.

Mentre nel precedente testo dell'art. 47 co. 3 la facoltà del presidente della commissione tributaria di disporre, in caso di eccezionale urgenza e previa delibazione del merito, la provvisoria sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, *inaudita altera parte* andava esercitata con lo stesso decreto di fissazione dell'udienza per la trattazione dell'istanza di sospensione, la novella consente di disporre la sospensione "con decreto motivato" e, quindi, anche con un provvedimento diverso da quello di fissazione dell'udienza ed eventualmente anteriore a questo. Per tale conclusione fa propendere la *ratio* della norma, identificabile nell'esigenza di non vanificare gli effetti della tutela cautelare a causa di una concessione tardiva della stessa, letta alla luce del criterio di delega relativo al rafforzamento dell'istituto.

Ulteriore novità è la previsione del comma 4 secondo cui il dispositivo dell'ordinanza motivata, non impugnabile, con cui il collegio (sentite le parti in camera di consiglio e delibato il merito) provvede sull'istanza di sospensione – anche adottando la decisione definitiva sull'eventuale sospensione provvisoria di cui sopra – "deve essere immediatamente comunicato alle parti in udienza".

Va, infine, evidenziato che l'articolo 15, comma 2-*quater*, ha disciplinato in maniera peculiare il regime delle spese di lite della fase cautelare. Infatti, pur trattandosi di un sub procedimento cautelare in corso di causa, è stabilito che la commissione provveda direttamente sulle spese del procedimento con l'ordinanza che decide sull'istanza e che la pronuncia sulle spese conservi efficacia anche dopo il provvedimento che definisce il giudizio, salva diversa statuizione espressa nella stessa sentenza, emessa all'esito del giudizio, evidentemente in relazione all'esito finale della lite e alla definitiva soccombenza. La *ratio* della disposizione è stata chiarita nella relazione illustrativa al decreto di riforma nell'esigenza di evitare un abuso delle richieste di sospensione, analogamente a quanto previsto per il processo amministrativo dall'articolo 57 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo).

Rimangono immodificati i termini e la durata previsti per la decisione nel merito della causa e gli effetti della sospensione fino alla pubblicazione della sentenza di primo grado. Pur essendo preclusa ogni impugnazione del provvedimento di sospensione, tuttavia, in caso di mutamento delle circostanze rilevanti ai fini della sospensione, su richiesta delle parti, la commissione può revocare o modificare il provvedimento cautelare anche prima della sentenza, con un procedimento sostanzialmente analogo alla fase cautelare già svoltasi.

Durante il periodo di sospensione si applicano gli interessi al tasso previsto per la sospensione amministrativa. In tal modo viene espressamente recepito nel testo normativo l'orientamento, tanto di prassi quanto di giurisprudenza, incline ad uniformare il calcolo degli interessi nella sospensione accordata dal giudice e in quella accordata dall'amministrazione finanziaria. Gli interessi applicabili sono, pertanto, quelli previsti dall'articolo 39, comma 1, del d.P.R. n. 602 del 1973, che nell'attuale formulazione prevede un tasso annuo del 4,5 per cento.

2.4.2. Sospensione della sentenza

L'art. 9 c. 1 lett. u) del decreto di riforma ha eliminato l'esclusione dell'art. 337 c.p.c. nel richiamo delle norme del codice di procedura civile applicabili alle impugnazioni delle sentenze delle commissioni tributarie operato nell'art. 49 d.lgs. 546 del 1992. Tale eliminazione si è resa necessaria in quanto la disposta esecutività delle sentenze tributarie rende non più incompatibile tale norma secondo cui "l'esecuzione della sentenza non è sospesa per l'effetto dell'impugnazione". L'art. 52 è stato, dunque, riformulato per disciplinare la fase cautelare dei provvedimenti sulla provvisoria esecuzione in appello con una procedura che ricalca quella prevista dall'art. 47 per la sospensione dell'atto impugnato.

Il nuovo comma 2 ha previsto che l'appellante possa chiedere alla commissione regionale la sospensione in tutto o in parte della esecutività della sentenza appellata se sussistono " gravi e fondati motivi", riproponendo i medesimi presupposti della sospensione delle sentenze di primo grado nel giudizio ordinario *ex* art. 283 c.p.c. Nell'ottica di rafforzamento della tutela al contribuente è concessa altresì la possibilità di chiedere in ogni caso la sospensione dell'atto, subordinata all'esistenza di un danno grave e irreparabile, cioè agli stessi presupposti previsti dall'art. 47 per la sospensione in primo grado. Tale facoltà consente una efficace tutela cautelare nel caso di una sentenza di primo grado di rigetto del ricorso che lascerebbe in piedi gli effetti dell'atto impugnato con possibilità dell'amministrazione di riscuotere la pretesa erariale.

La sospensione della sentenza esclude temporaneamente la possibilità di procedere sulla base delle norme che ne disciplinano l'esecutività, sicché nel caso di una sentenza sfavorevole al contribuente preclude fino

all'esito del giudizio di impugnazione la riscossione in pendenza di giudizio dell'imposta e delle sanzioni (art. 68 d.lgs. 546 del 1992 e art. 19 d.lgs. n. 472 del 1997) e nel caso di sospensione richiesta dall'ufficio finanziario di sentenza favorevole al contribuente, viene inibita l'operatività delle nuove norme che ne disciplinano l'immediata esecutività e l'ufficio finanziario è legittimato a non effettuare lo sgravio o il rimborso delle somme riconosciute non dovute in forza della stessa sentenza.

Con l'art. 62-*bis*, infine, è stata disciplinata l'esecuzione provvisoria e i provvedimenti cautelari relativi alle sentenze impugnate per cassazione in modo analogo alle previsioni dell'art. 373 c.p.c. Il ricorrente, cioè, può richiedere direttamente "alla commissione che ha pronunciato la sentenza impugnata di sospenderne in tutto o in parte l'esecutività allo scopo di evitare un danno grave e irreparabile" e allo stesso modo può richiedere la sospensione dell'atto. Come esplicitato nella relazione illustrativa al decreto di riforma, la formulazione dell'articolo 62-*bis* in esame è analoga a quella contenuta nell'articolo 373 c.p.c. con il rilievo del solo presupposto del *periculum in mora*, senza possibilità di valutare il *fumus boni iuris*, trattandosi di istanza presentata al medesimo giudice che ha emesso la sentenza di cui si chiede la sospensione.

L'istanza va proposta alla commissione che non potrà pronunciarsi senza la prova del deposito del ricorso per cassazione avverso la sentenza.

Le istanze cautelari possono essere proposte ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 52, in quanto compatibili, anche nel giudizio per revocazione (novello art. 65 comma 3-*bis*). Nell'ambito del giudizio per revocazione viene, cioè, fatto rinvio alla disciplina della tutela cautelare prevista per le sentenze di primo grado, anziché di appello, diversamente da quanto previsto dall'art. 401 c.p.c. per il giudizio civile. La ragione della diversità è chiarita nella relazione illustrativa al decreto di riforma, per il fatto che la causa sulla revocazione a differenza del ricorso per cassazione, viene decisa nel merito dalla medesima commissione che ha pronunciato la sentenza oggetto di revocazione.

2.5. Immediata esecutività per tutte le parti delle sentenze non definitive e generalizzazione del giudizio di ottemperanza

Il legislatore delegato, con l'introduzione dell'articolo 67-*bis*, l'abrogazione dell'articolo 69-*bis* e la modifica degli articoli 68, 69 e 70 d.lgs. 546 del 1992, ha riformato in modo sistematico l'esecuzione delle sentenze tributarie.

L'art. 67-*bis* ha previsto che «le sentenze emesse dalle commissioni tributarie sono esecutive secondo quanto previsto dal presente capo». La precedente disciplina prevedeva, invece, un trattamento differenziato in ragione del tipo di controversia oggetto di decisione.

Infatti, ai sensi dell'articolo 68, comma 2, per i giudizi aventi ad oggetto un atto impositivo, per gli avvisi di accertamento, gli avvisi di liquidazione e provvedimenti che irrogavano le sanzioni e iscrizioni a ruolo, l'ufficio finanziario, in caso di sentenza favorevole al contribuente, entro novanta giorni, doveva effettuare il rimborso di quanto pagato in eccedenza rispetto a quanto statuito dalla sentenza emessa dalle commissioni tributarie. Per i giudizi aventi ad oggetto un diniego espresso o tacito alla restituzione di quanto spontaneamente versato, l'art. 69 prevedeva che il contribuente dovesse attendere il passaggio in giudicato della sentenza per ottenerne l'esecuzione.

Nell'art. 68, comma 1, è stato confermato il previgente meccanismo di riscossione frazionata del tributo e dei relativi interessi in ragione degli esiti dei vari gradi di giudizio, e cioè per i due terzi dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale che respinge il ricorso o per l'ammontare risultante dalla sentenza che lo accoglie parzialmente e, comunque, non oltre i due terzi, e per il residuo ammontare determinato dalla sentenza della commissione tributaria regionale. È stata, poi, introdotta nel medesimo comma la lettera c-*bis* allo scopo di precisare che nei casi in cui è prevista la riscossione frazionata del tributo oggetto di giudizio dinanzi alle Commissioni, l'imposta con i relativi interessi deve essere pagata per l'ammontare dovuto nella pendenza del giudizio di primo grado, dopo la sentenza della Corte di Cassazione di annullamento con rinvio, e per l'intero importo indicato nell'atto, in caso di mancata riassunzione. È stata così colmata una lacuna legislativa in ordine ai poteri degli enti impositori di riscuotere il tributo in tali ipotesi che portava gli uffici ad agire in modo diversificato e talvolta con la iscrizione a ruolo dell'intero importo. Si è, poi, codificato il principio costantemente affermato dalla giurisprudenza secondo cui, in caso di mancata riassunzione dopo il rinvio, si estingue l'intero giudizio e diventa definitivo l'atto originariamente impugnato[12].

L'art. 69 è stato completamente riscritto e rubricato «esecuzione delle sentenze di condanna in favore del contribuente» e al primo comma è stata prevista l'immediata esecutività delle «sentenze di condanna al pagamento di somme in favore del contribuente» e di «quelle emesse su ricorso avverso gli atti relativi alle operazioni catastali». Il pagamento di somme di importo superiore a diecimila euro, diverse dalle spese di lite, può essere subordinato dal giudice, anche tenuto conto delle condizioni di solvibilità dell'istante, alla prestazione di idonea garanzia. Sul punto la relazione illustrativa al decreto di riforma ha chiarito che «Per la parte privata occorre tener conto del rischio che una volta ottenuto – in virtù di una sentenza esecutiva ma impugnata dall'amministrazione – il pagamento di

[12] Tra le tante: Cass., 5 febbraio 2014, n. 2519; Cass., 3 luglio 2013, n. 16689; Cass., 28 marzo 2012, n. 5044; Cass., 8 febbraio 2008, n. 3040.

una somma a titolo di rimborso, non sia più possibile il recupero delle somme erogate in caso di successiva riforma della sentenza».

Il riferimento della norma alle condizioni di solvibilità del contribuente implica, dunque, uno specifico onere probatorio circa gli eventuali elementi idonei ad incidere sul giudizio di solvibilità del contribuente.

Il comma 2 dell'articolo 69 ha demandato la disciplina della garanzia ad un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, che dovrà prevedere il contenuto e la durata della stessa nonché il termine entro il quale potrà essere escussa. I costi della garanzia sono anticipati dal contribuente e vanno posti definitivamente a carico della parte soccombente all'esito del giudizio.

Come chiarito nella relazione illustrativa, «la previsione di una garanzia… (il cui onere è solo anticipato dal contribuente a cui verrà rimborsato in caso di esito favorevole del giudizio definitivo), da un lato evita rischi per l'erario, dall'altro impedisce un incremento esponenziale delle richieste di sospensiva, con gli inevitabili aggravi che ciò comporterebbe in termini di oneri per le parti e sovraccarico dell'apparato giudiziario. Ovviamente il contribuente resterà libero di non chiedere l'immediata esecuzione della sentenza (qualora non intenda anticipare gli oneri della garanzia o anche solo per non dover rischiare di restituire le somme ottenute con gli interessi) e di preferire l'attesa di un giudicato che gli consentirà di ottenere quanto gli spetta, con gli interessi di legge *medio tempore* maturati, senza fornire alcuna garanzia».

L'art. 12 del decreto di riforma, ha posticipato l'entrata in vigore dell'articolo 67-*bis* al 1° giugno 2016, unitamente alla prevista abrogazione dell'articolo 69-*bis* in tema di controversie catastali e alla modifica dell'articolo 69 in tema di esecuzione delle sentenze di condanna alla restituzione di somme in favore del contribuente.

Con la riforma degli artt. 68, 69 e 70, è stato previsto, poi, un rimedio processuale unico all'eventuale inadempienza dell'ufficio finanziario nell'esecuzione delle sentenze, siano esse definitive o provvisorie, con carattere di esclusività, costituito dal rimedio dell'ottemperanza disciplinato in particolare dall'art. 70.

Infatti la soppressione al comma 1 dell'art. 70 dell'inciso «salvo quanto previsto dalle norme del c.p.c. per l'esecuzione forzata della sentenza di condanna costituente titolo esecutivo», ha fatto venir meno la facoltà, prima riconosciuta al contribuente, di procedere con l'esecuzione forzata secondo le norme del codice di procedura civile. Il ricorso in ottemperanza è, pertanto, esperibile non solo – come finora previsto – per le sentenze passate in giudicato, ma anche per l'esecuzione: a) delle sentenze, non ancora definitive, di condanna al pagamento di somme, comprese le spese di giudizio (a decorrere dal 1° giugno 2016); b) delle sentenze, non ancora definitive, relative alle operazioni catastali parzialmente o totalmente favorevoli al contribuente (a decorrere dal 1° giugno 2016); c) delle sentenze relative ad atti impositivi che comportano, ai sensi dell'articolo 68, comma 2, la restituzione al contribuente del tributo e relativi interessi e sanzioni, corrisposti in eccedenza rispetto a quanto statuito dalla sentenza a lui favorevole (a decorrere dal 1° gennaio 2016); d) dell'ordinanza con cui sono liquidate le spese di giudizio in caso di rinuncia al ricorso ai sensi dell'articolo 44, comma 2[13].

L'ambito soggettivo di applicazione del giudizio di ottemperanza è stato esteso anche nei confronti dell'agente della riscossione o del soggetto iscritto nell'albo di cui all'articolo 53 d.lgs. n. 446 del 1997, «stante la natura pubblica dell'Agente e l'attività oggettivamente pubblica posta in essere dai concessionari (privati)» (relazione illustrativa).

È stato, infine, aggiunto il comma 10-*bis* che, per l'esecuzione delle sentenze che comportano il pagamento di somme dell'importo fino a ventimila euro e comunque per il pagamento delle spese di giudizio, prevede che il ricorso in ottemperanza è deciso dalla commissione tributaria in composizione monocratica.

2.6. Rafforzamento del principio di soccombenza nella liquidazione delle spese di giudizio

L'art. 15 d.lgs. 546 del 1992 in tema di spese di giudizio è stato modificato in attuazione della delega volta alla individuazione di criteri di maggior rigore nell'applicazione del principio di soccombenza. Ribadito al primo comma il principio secondo cui le spese del giudizio tributario vanno poste a carico della parte soccombente, la possibilità di compensazione è stata limitata espressamente alle condizioni alternative della soccombenza reciproca e della sussistenza di gravi ed eccezionali ragioni, che devono essere espressamente motivate dal giudice. La disposizione ha ripetuto la formulazione dell'art. 92 c.p.c. vigente dopo la modifica operata dalla legge n. 69 del 2009 che è stata,

[13] La relazione illustrativa sul punto ha chiarito che «La scelta della esclusività del giudizio di ottemperanza come unico strumento per la esecuzione delle sentenze si ritiene giustificata:
– dalla peculiarità delle sentenze emesse nel processo tributario, dove spesso anche il calcolo delle somme dovute a titolo di rimborso di imposta non è agevole, essendo necessaria comunque un'attività dell'ufficio per la determinazione degli interessi per i vari periodi interessati; inoltre la necessità di una garanzia per le condanne in favore del contribuente al rimborso di somme superiori a 10.000 euro, avrebbe creato notevoli problemi alle segreterie per il rilascio delle formule esecutive, non potendosi pretendere da tali uffici un controllo sulla idoneità della garanzia stessa;
– dalla particolare efficacia della procedura di ottemperanza, che consente – anche con la nomina di un commissario *ad acta* – di ottenere in tempi relativamente brevi l'adempimento dell'amministrazione, con il rimborso delle relative spese;
– dal fatto che l'ordinaria procedura esecutiva (oltre ad aggravare lo stato della giustizia civile), non garantisce spesso il soddisfacimento dell'interesse del contribuente, anche per le note difficoltà di agire in via esecutiva sui beni di soggetti pubblici».

invece, modificata per i giudizi ordinari in senso ulteriormente restrittivo dall'art. 13 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, modificato in sede di conversione dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 nel senso che la compensazione totale o parziale nei giudizi civili ordinari è possibile solo se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti.

La portata della previsione dell'attuale testo dell'art. 15 d.lgs. 546 del 1992 ben può essere desunta, dunque, dalla giurisprudenza formatasi nel vigore della analoga versione del previgente art. 92 c.p.c., dovendo le gravi ed eccezionali ragioni trovare riferimento in specifiche circostanze o aspetti della controversia decisa che il giudice è tenuto ad indicare esplicitamente e specificamente nella motivazione della sentenza[14] e deve escludersi, dunque, che tali ragioni possano essere individuate nella natura della controversia o della pronuncia o dalla struttura del tipo di procedimento contenzioso applicato o dalle disposizioni processuali che lo regolano.

Il comma 2-*bis* dell'art. 15 ha richiamato, poi, espressamente l'art. 96 co. 1 e 3 sulla responsabilità aggravata per lite temeraria che si aggiunge alla condanna alle spese di lite. Per evitare l'abuso nelle richieste di tutela cautelare è stata prevista la statuizione sulle spese anche per la fase cautelare di richiesta di sospensione (infra 4.1)

Anche nella regolamentazione delle spese di lite si riflette l'intento incentivante della risoluzione stragiudiziale delle controversie e del ricorso agli strumenti deflattivi del contenzioso.

Con i commi 2-*septies* e 2-*octies*, inoltre, il legislatore ha confermato che le spese di giudizio sono maggiorate del 50% nelle controversie proposte avverso atti reclamabili ai sensi dell'articolo 17-*bis* d.lgs. 546 del 1992, a titolo di rimborso delle spese sostenute per la fase del procedimento amministrativo, al fine di riconoscere alla parte vittoriosa i maggiori oneri sostenuti nella fase procedimentale obbligatoria *ante causam*. Il comma 2-*octies* ha previsto che le spese del processo saranno interamente addebitate alla parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione, ove il riconoscimento delle pretese risulti inferiore al contenuto dell'accordo proposto. Pertanto, se sussistevano le condizioni per la conclusione di un accordo favorevole a entrambe le parti e una di esse ha rifiutato, senza giustificato motivo, la proposta di conciliazione, il giudice addebiterà le spese del processo alla parte che ha rifiutato l'accordo. In caso di conclusione della conciliazione, invece, le spese del processo saranno dichiarate compensate, salvo diverso accordo nel processo verbale di conciliazione.

È stata confermata la disposizione favorevole al contribuente, secondo cui la riscossione delle somme liquidate a favore di tutti gli enti impositori, nonché degli agenti e concessionari della riscossione avviene, mediante iscrizione a ruolo, soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza, diversamente dall'ipotesi inversa di condanna dell'amministrazione finanziaria per la quale l'articolo 69, comma 1, primo periodo, d.lgs. 546 del 1992, in vigore a far data dal 1° giugno 2016, ha previsto che "le sentenze di condanna al pagamento di somme in favore del contribuente e quelle emesse su ricorso avverso gli atti relativi alle operazioni catastali indicate nell'articolo 2, comma 2, sono immediatamente esecutive". In caso di mancata esecuzione, il contribuente ha la possibilità di promuovere giudizio di ottemperanza ai sensi dell'articolo 70 che, in ordine alle spese di giudizio e indipendentemente dal relativo importo, compete alla commissione tributaria in composizione monocratica, come già indicato.

Coerentemente con il nuovo assetto delle spese di lite e con il rafforzamento del principio di soccombenza, è stata modificata anche la regolamentazione dell'articolo 46 d.lgs. 546 del 1992, sulle spese di lite nel caso di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere.

Infatti la compensazione delle spese di lite è stata limitata alle ipotesi di cessazione della materia del contendere per definizione delle pendenze tributarie "previste dalla legge" (ad esempio, a seguito di condono). Sono stati così recepiti i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza 12 luglio 2005, n. 274, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 46, comma 3, laddove prevedeva che le spese del giudizio estinto restassero a carico della parte che le aveva anticipate in ogni caso di cessazione della materia del contendere.

2.7. Modifiche della disciplina del ricorso per cassazione (artt. 62 e 63) con il ricorso per saltum e della disciplina della revocazione (artt. 64 e 65) e modifiche alla sospensione del processo (art. 39)

Con l'aggiunta del comma 2-*bis* all'art. 62 d.lgs. 546 del 1992, recante le norme applicabili al ricorso per cassazione, è stato introdotto anche nel processo tributario il cd. ricorso *per saltum*, con una disciplina analoga a quella prevista dall'art. 360 co. 2 c.p.c. che consente su accordo delle parti di ottenere una pronuncia su questioni giuridiche da parte della Corte di cassazione subito dopo l'esito del giudizio di primo grado, anche in funzione deflativa del contenzioso, come evidenziato dalla relazione illustrativa al decreto di riforma. Infatti tale istituto consente di evitare l'appello per le controversie fondate su mere questioni di diritto, per le quali l'appello stesso si configurerebbe solo come una sorta di "doppione" del giudizio per cassazione.

L'istituto può trovare applicazione, perciò, quando le parti siano concordi nel ritenere che la causa dipen-

[14] Cass. civ., sez. VI, 13 luglio 2015, n. 14546; Cass. civ., sez. 06, 11 luglio 2014, n. 16037; Cass. civ., sez. II, 1 gennaio 2015, n. 661; Cass. civ., sez. 06, 2 maggio 2015, n. 11130.

da dalla decisione di una questione di diritto sulla quale è prevedibile che la corte suprema sarebbe chiamata in ogni caso ad esprimersi.

Relativamente alla tipologia di motivi censurabili con il ricorso *per saltum*, l'articolo 62 d.lgs. 546 del 1992 ha richiamato espressamente l'art. 360, primo comma, n. 3 cpc, consentendone l'esperimento unicamente per violazione o falsa applicazione di norme di diritto.

Poiché la riforma non ha disciplinato specificamente le modalità del ricorso *per saltum,* deve ritenersi che siano applicabili le relative norme del codice di procedura civile, tenuto conto della clausola generale di cui all'art. 1 c. 2 d.lgs. 546 del 1992. L'accordo concluso personalmente dalle parti o dai loro difensori muniti di procura speciale avrà, pertanto, come effetto quello di rendere non appellabile la sentenza di primo grado.

Ulteriore modifica nella disciplina delle impugnazioni è quella introdotta al primo comma dell'art. 64 d.lgs. 546 del 1992 sulle sentenze revocabili e motivi di revocazione, al fine di superare le incertezze interpretative della previgente versione.

L'articolo 64 c.1 prevedeva, infatti, che «contro le sentenze delle commissioni tributarie che involgono accertamenti di fatto e che sul punto non sono ulteriormente impugnabili o non sono state impugnate è ammessa la revocazione ai sensi dell'art. 395 del c.p.c.».

Le incertezze interpretative avevano riguardato in particolare l'interpretazione della locuzione "sentenze … che involgono accertamenti di fatto" e il rapporto tra ricorso per revocazione e ricorso per cassazione. La tesi prevalente tuttavia riteneva trattarsi di precisazione pleonastica, sostenendo che la revocazione tributaria non si differenziava dall'analogo rimedio previsto dal codice di procedura civile e che il coinvolgimento di un accertamento di fatto ne costituiva il presupposto ontologico necessario. La nuova formulazione ha riprodotto la formulazione dell'art. 395 c.p.c., eliminando il riferimento agli accertamenti di fatto ed alla ulteriore impugnabilità.

Le parti potranno presentare avverso le sentenze delle commissioni tributarie, pronunciate in grado d'appello o in unico grado, ricorso per revocazione ordinaria (nn. 4 e 5 dell'articolo 395 c.p.c.) la cui proposizione impedisce il passaggio in giudicato della sentenza, ovvero straordinaria (nn. 1, 2, 3 e 6 del medesimo articolo) che può proporsi anche dopo il passaggio in giudicato della stessa.

Le sentenze pronunciate dalla commissione tributaria provinciale, disciplinate dal comma 2 dell'articolo 64, sono soggette solo a revocazione straordinaria, in quanto i motivi di revocazione ordinaria devono essere fatti valere con l'appello.

In relazione al rapporto tra ricorso per revocazione e ricorso per cassazione l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità[15] ritiene che la notificazione del ricorso per revocazione è idonea a determinare, sia per il notificante che per il destinatario della notificazione, la decorrenza del termine breve per l'eventuale impugnativa della pronuncia innanzi alla suprema corte.

In relazione alla possibilità di richiedere la sospensione anche della esecutività delle sentenze impugnate per revocazione vale quanto già esposto.

Le ipotesi di sospensione del processo tributario sono state ampliate rispetto alla precedente e ristretta formulazione che limitava la sospensione necessaria del processo ai soli casi di proposizione di querela di falso e di sussistenza di questioni pregiudiziali concernenti lo stato o la capacità delle persone, fatta eccezione per la capacità di stare in giudizio. Invero ulteriori ipotesi di sospensione necessaria erano comunque previste dalle altre disposizioni di legge applicabili anche al processo tributario, quali la rimessione alla Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale e la proposizione del ricorso per ricusazione. Accanto a tali ipotesi il nuovo comma 1-*bis*, inserito nell'articolo 39, riproducendo sostanzialmente la disciplina dell'art. 295 c.p.c. ha stabilito in via generale la sospensione necessaria per pregiudizialità nei rapporti tra liti instaurate innanzi alle commissioni tributarie, prevedendo la sospensione del processo in ogni altro caso in cui la stessa o altra commissione tributaria "deve risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa". La previsione ha recepito così i principi già in precedenza affermati dalla Corte di cassazione che da tempo aveva riconosciuto, con riferimento ai rapporti tra i processi tributari (c.d. rapporti interni), l'applicabilità della sospensione per pregiudizialità di cui all'art. 295 c.p.c., osservando che l'art. 39 d.lgs. 546 del 1992, «pur nell'interpretazione restrittiva datane dalla giurisprudenza della Corte costituzionale..., non esclude l'applicazione della norma generale del codice di rito …»[16].

2.8. Comunicazioni e notificazioni telematiche (art. 16)

La novità più rilevante in tema di comunicazioni e notifiche è l'estensione all'agente e ai concessionari privati della riscossione, delle regole già stabilite per gli enti impositori. Infatti l'art. 16 co. 1 ha previsto

[15] Cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7261 e Cass., 19 giugno 2007, n. 14267.

[16] V. Cass., 8 ottobre 2014, n. 21291: «In tema di contenzioso tributario, il d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 39 – secondo il quale il processo è sospeso soltanto quando è presentata querela di falso o deve essere decisa in via pregiudiziale una questione sullo stato o la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio –, regola unicamente i rapporti esterni, ovverossia i rapporti tra processo tributario e processi non tributari, mentre, in ordine ai rapporti tra processi tributari, trova applicazione, in virtù del disposto del citato d.lgs. 546 del 1992, art. 1 la disciplina dettata dall'art. 295 c.p.c».

la possibilità della segreteria della commissione tributaria di effettuare le comunicazione (avvisi riguardanti la fissazione dell'udienza, i rinvii, il deposito della sentenza ecc.) mediante trasmissione di un elenco in duplice esemplare, uno dei quali va immediatamente datato, sottoscritto per ricevuta e restituito alla medesima segreteria. È inoltre previsto che l'agente e i concessionari privati della riscossione abbiano la facoltà di avvalersi, per effettuare le notificazioni, del messo comunale o del messo autorizzato dall'amministrazione finanziaria.

Il contenuto dell'abrogato comma 1-*bis* del precedente testo dell'articolo 16, secondo cui le comunicazioni nel processo tributario sono effettuate anche mediante l'utilizzo della PEC, ai sensi del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. CAD) è stato trasfuso nell'attuale art. 16-*bis*, che al comma 2 ha riproposto quanto già previsto dall'abrogato comma 3-*bis* del precedente testo dell'articolo 17 d.lgs. 546 del 1992 relativamente alla effettuazione delle comunicazioni esclusivamente mediante deposito nella segreteria della commissione tributaria, qualora non sia stato indicato l'indirizzo PEC, ovvero in caso di mancata consegna del messaggio PEC per cause imputabili al destinatario.

Nell'utilizzo della PEC, già introdotta nel testo del d.lgs. 546 del 1992 con il decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, la novità più rilevante è costituita dalla possibilità di effettuare in via telematica le notificazioni tra le parti e il deposito degli atti presso la competente commissione tributaria, con la equivalenza dell'indicazione dell'indirizzo PEC alla elezione di domicilio.

È stata poi riprodotta la disposizione previgente secondo cui l'indirizzo PEC del difensore o delle parti è indicato nel ricorso o nel primo atto difensivo e il ricorrente può indicare l'indirizzo di posta al quale intende ricevere le comunicazioni nei procedimenti nei quali la parte sta in giudizio personalmente e il relativo indirizzo PEC non risulta dai pubblici elenchi.

In deroga alla previsione generale di entrata in vigore della riforma del contenzioso a decorrere dal 1° gennaio 2016, è tuttavia previsto che «Le disposizioni contenute nel comma 3 dell'articolo 16-*bis* del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546… si applicano con la decorrenza e le modalità previste dai decreti di cui all'articolo 3, comma 3, del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 23 dicembre 2013, n. 163» e cioè entreranno in vigore dalla decorrenza stabilita dai decreti di attuazione del d.m., recante il regolamento che disciplina l'uso degli strumenti informatici e telematici nel processo tributario.

Le novità relative alla notificazione per via telematica, seguendo la disciplina del c.d. processo telematico, sono entrate in vigore solo per le Commissioni tributarie provinciali e regionali dell'Umbria e della Toscana, quali commissioni pilota dal 1° dicembre 2015 con riferimento agli atti da depositare in via opzionale.

2.9. Osservazioni conclusive

L'attuale riforma sicuramente costituisce un passo avanti verso gli obiettivi di modernizzazione e efficienza della giustizia tributaria che da sempre ha ricoperto nel nostro ordinamento un ruolo di giurisdizione ancillare, anche se realizza allo stato una riforma ancora parziale, in attesa di una futura ed auspicabile riscrittura integrale del decreto legislativo 546 del 1992, quale vero e proprio codice del processo tributario.

Non vi è dubbio che l'estensione degli strumenti deflattivi del contenzioso e il rafforzamento del contraddittorio preventivo costituiscano interventi positivi per realizzare un efficace confronto con l'amministrazione fiscale e garantire il diritto di difesa del contribuente ma sul piano della disciplina del processo tributario rimangono le criticità correlate alla struttura impugnatoria e meramente documentale del processo che solo in parte fornisce risposta all'esigenza di maggiore parità tra le parti nel momento del confronto nel processo, quale momento di ultima definizione del contenzioso. Vi è solo una parziale omogeneizzazione alle regole del processo civile e restano i problemi correlati alla necessità di garantire sufficiente specializzazione dell'organo giudicante ed una più adeguata composizione. La struttura collegiale, infatti, non sempre è rispondente alle esigenze di celerità e efficienza e neppure funzionale a tutte le tipologie del contenzioso, sicché sarebbe auspicabile una maggiore semplificazione con estensione dell'ambito di intervento del giudice monocratico oltre l'ipotesi già prevista dell'ottemperanza.

Il processo tributario costituisce uno dei momenti fondanti del rapporto tra Stato e cittadini poiché il rapporto fiscale coinvolge la necessaria partecipazione dei consociati ed è funzionale al supporto della spesa pubblica e alla parziale redistribuzione delle ricchezze prodotte in termini di servizi per tutti. Le soluzioni al problema della giustizia tributaria vanno, pertanto, correttamente meditate e costituiscono inevitabile espressione del livello di civiltà del Paese.

3. Il processo tributario telematico

3.1. Premessa

Con il d.m. 23 dicembre 2013 n. 163, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 37 del 14 febbraio 2014 è stato adottato il regolamento avente ad oggetto «la disciplina dell'uso di strumenti informatici e telematici nel processo tributario», dando attuazione alle disposizioni contenute nell'art. 39, comma 8, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98.

Il d.m. non modifica la struttura del processo tributario ma consente di trasmettere e consultare gli atti con modalità telematiche.

Con il decreto del direttore generale delle Finanze e del Ministero dell'economia e delle finanze 4 agosto 2015, emanato in attuazione dell'art. 3, comma 3, del citato d.m., il Ministero dell'economia e delle finanze ha aggiunto un altro tassello all'attuazione della normativa sul processo tributario telematico, approvando le prime regole tecniche che hanno per oggetto la costituzione in giudizio nel processo tributario con modalità telematiche, previa notifica del ricorso a mezzo della posta elettronica certificata (PEC).

Le nuove disposizioni devono essere lette in coordinamento con quanto già previsto dall'art. 16-*bis* del d.lgs. 546 del 1992 introdotto dal d.lgs. di riforma tributaria.

Esse si applicano dal 1° dicembre 2015 agli atti processuali relativi ai ricorsi notificati da depositare presso le Commissioni tributarie provinciali e regionali dell'Umbria e della Toscana.

Trattasi di una fase sperimentale che riguarda le suddette commissioni tributarie, superata la quale, la telematizzazione sarà estesa a tutte le altre commissioni provinciali e regionali.

3.2. Ambito di applicazione

L'ambito di applicazione del processo tributario telematico è definito dall'art. 2 del d.m. 23.12.2013, n. 163, secondo cui: a) gli atti e i provvedimenti del processo tributario, nonché quelli relativi al procedimento attivato con l'istanza di reclamo e mediazione possono essere formati come documenti informatici sottoscritti con firma elettronica qualificata o firma digitale (comma 1);

b) la parte che in primo grado abbia utilizzato modalità telematiche deve utilizzare le medesime modalità per l'intero grado di giudizio, nonché per l'appello, salvo la sostituzione del difensore (comma 3). Il d.m. 163 del 2013, dunque, prevede la non obbligatorietà dell'utilizzo del processo telematico: però, la parte che utilizza in primo grado le modalità telematiche è tenuta ad utilizzare le medesime modalità per l'intero grado del giudizio nonché per l'appello, salvo sostituzione del difensore.

3.3. Il S.I.Gi.T.

Tutte le nuove regole gravitano intorno al Sistema Informativo della Giustizia Tributaria (S.I.Gi.T.) che rappresenta il fulcro del processo tributario telematico e che è costituito dall'insieme delle risorse hardware e software destinate a trattare in via informatica e telematica qualsiasi tipo di attività, dato, servizio, comunicazione e procedura inerente all'amministrazione della giustizia tributaria.

Il decreto 23 dicembre 2013, n. 163, specifica che il S.I.Gi.T. è un servizio erogato attraverso il Sistema Informativo della Fiscalità (SIF) e si avvale, pertanto, delle medesime infrastrutture, regole di governo, di sicurezza e di protezione dei dati personali, con le seguenti funzioni:

- assicura ai soggetti abilitati la trasmissione degli atti e dei documenti informatici, la formazione e la consultazione del fascicolo e l'acquisizione delle informazioni riguardanti i giudizi tributari;
- garantisce l'avvenuta ricezione degli atti e dei documenti informatici, attraverso l'invio di una ricevuta all'indirizzo PEC del soggetto abilitato;
- invia all'indirizzo PEC del soggetto abilitato una ricevuta di attestazione di iscrizione a ruolo, recante il numero di registro generale.

Come precisato dall'art. 3 del d.m. n. 163 del 2013 possono accedere al S.I.Gi.T. soltanto i giudici tributari, le parti, i procuratori e i difensori, il personale abilitato delle segreterie delle Commissioni tributarie, i consulenti tecnici e gli altri soggetti del processo.

Il c.d. Portale della Giustizia Tributaria, reso disponibile dal dominio "giustiziatributaria.gov.it" è il portale istituzionale dei servizi telematici della Giustizia Tributaria, contenente le informazioni generali sui servizi, le novità normative relative al processo tributario, le istruzioni operative per la registrazione al S.I.Gi.T. e per l'utilizzo delle funzionalità presenti nel portale.

Esso è costituito da una "area pubblica" con le pagine web e i servizi del portale ad accesso libero; e da una "area riservata", accessibile previa registrazione informatica dei soggetti secondo il relativo profilo di abilitazione (segretari delle commissioni tributarie, giudici, difensori).

Per accedere ai servizi del S.I.Gi.T è necessario utilizzare una postazione su cui siano state adottate adeguate misure di sicurezza, con installazione e costante aggiornamento del sistema operativo, di un valido sistema antivirus e di programmi di protezione e difesa in genere.

Lo stesso S.I.Gi.T. espone i servizi telematici su internet attraverso una connessione su canali sicuri, controlla l'identificabilità dell'autore e l'integrità di ogni documento informatico ricevuto, attraverso la verifica della firma elettronica qualificata o firma digitale e sottopone ad analisi ogni documento informatico in arrivo utilizzando un adeguato sistema antivirus.

Per utilizzare la proceduta di processo tributario telematico, preliminarmente, l'interessato deve chiedere la registrazione al S.I.Gi.T., ai sensi degli artt. 64 e 65 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, osservando le modalità indicate in maniera distinta per chi è in possesso o meno della Carta di Identità Elettronica(CIE) o della Carta Nazionale dei Servizi (CNS), nonché per gli altri strumenti di accesso resi disponibili tramite lo SPID ovvero il Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale. Inoltre, prima di procedere con la registrazione elettronica, l'interessato deve essere in possesso della firma elettronica qualificata o firma digitale e dell'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC).

3.4. Regole tecniche ed operative

Il decreto 4 agosto 2015 ha stabilito le modalità operative della fase introduttiva del processo tributario connesse ai seguenti adempimenti:

- la registrazione e l'accesso al S.I.GI.T.;
- le notificazioni;
- le comunicazioni;
- la costituzione in giudizio;
- la formazione, la consultazione e il rilascio del fascicolo informatico;
- il deposito di atti e documenti informatici successivi alla costituzione in giudizio;
- il pagamento del contributo unificato per le spese di giustizia.

Dal punto di vista procedurale è previsto che, ai fini della costituzione in giudizio del ricorrente, il soggetto abilitato deve trasmettere al S.I.Gi.T. il ricorso, la ricevuta di PEC che attesta l'avvenuta notifica dello stesso, la procura alle liti, la documentazione comprovante il pagamento del contributo unificato tributario e gli eventuali allegati, previo inserimento dei dati richiesti dal sistema per l'iscrizione a ruolo.

Gli atti e i documenti da trasmettere devono avere i requisiti espressamente previsti e sono acquisiti singolarmente, utilizzando esclusivamente la classificazione resa disponibile dal sistema.

Il S.I.Gi.T., in seguito alla trasmissione, rilascia con modalità sincrona la ricevuta di accettazione, contenente numero, data e ora della trasmissione degli atti e dei documenti. Successivamente la stessa ricevuta viene inviata all'indirizzo PEC del soggetto abilitato.

Il S.I.Gi.T. successivamente procede: a) al controllo *antivirus* dei file trasmessi; b) alla verifica della dimensione dei file trasmessi; c) alla verifica della validità della firma apposta sui file trasmessi; d) alla verifica dell'integrità dei file firmati; e) al controllo del formato dei file trasmessi.

In caso di esito positivo dei controlli, il S.I.Gi.T provvede all'iscrizione del ricorso al Registro Generale e, contestualmente, rende disponibile nell'area riservata l'informazione del numero di ruolo. In tal caso, il momento del deposito è quello della data della ricevuta di accettazione.

In caso di riscontro nel ricorso di anomalie, il S.I. Gi.T. non procede all'iscrizione nel Registro Generale e, contestualmente, rende disponibile nell'area riservata un messaggio contenente la tipologia delle suddette anomalie. La stessa informazione viene inviata all'indirizzo PEC del soggetto abilitato. Specularmente la stessa procedura tecnica è riservata alla costituzione in giudizio del resistente.

Mentre il ricorso e gli atti del processo tributario sono, notificati a mezzo PEC secondo quanto stabilito dall'art. 5 del decreto n. 163 del 2013, il deposito presso la segreteria della commissione tributaria dei medesimi atti avviene, quindi, esclusivamente mediante il S.I.Gi.T.

Le notificazioni telematiche, poi, si intendono perfezionate ai fini della decorrenza dei termini processuali per il mittente al momento dell'invio attestato dalla ricevuta di accettazione del sistema e per il destinatario al momento in cui viene generata da parte del gestore di posta elettronica certificata del destinatario la ricevuta di avvenuta consegna., mentre il deposito dei documenti informatici presso la segreteria della commissione tributaria si intende eseguito al momento attestato dalla ricevuta di accettazione rilasciata dal S.I.Gi.T.

3.5. Requisiti tecnici del ricorso e dei documenti processuali

Il ricorso e ogni altro atto processuale in forma di documento informatico devono essere in formato PDF/A-1a o PDF/A-1b. Tale formato soddisfa quanto disposto dal d.p.c.m. 3 dicembre 2013 (regole tecniche per il protocollo informatico ai sensi degli articoli 40-*bis*, 41, 47, 57-*bis* e 71, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005) al punto 5 dell'allegato 2 ed è stato scelto tra quelli che possono maggiormente garantire i principi dell'interoperabilità tra i sistemi di conservazione e in base alla normativa vigente riguardante specifiche tipologie documentali[17].

Il documento informatico deve essere, inoltre, privo di elementi attivi, tra cui macro e campi variabili; deve essere redatto tramite l'utilizzo di appositi strumenti software senza restrizioni per le operazioni di selezione e copia di parti e non è pertanto ammessa la copia per immagine su supporto informatico di documento analogico; deve essere sottoscritto con firma elettronica qualificata o firma digitale, pertanto il file ha la seguente denominazione: *<nome file libero>.pdf.p7m.*

La dimensione massima consentita di ogni singolo documento informatico è di 5 MB. Qualora il documento sia superiore alla dimensione massima è necessario suddividerlo in più file.

Gli atti e documenti allegati, depositati in formato analogico sono acquisiti dalla segreteria della Commissione tributaria, registrati tramite il S.I.Gi.T. nel Sistema documentale e inseriti nel fascicolo, previa scansione nel formato PDF/A-1a o PDF/A-1b, in bianco e nero, e sottoscrizione con firma elettronica qualificata o firma digitale.

[17] Infatti il PDF (Portable Document Format) è il documento informatico che mantiene la propria formattazione e viene visualizzato su qualsiasi dispositivo di output e il formato PDF/A (nei livelli di conformità PDF/A-1a e PDF/A-1b) è stato sviluppato con l'obiettivo specifico di rendere possibile la conservazione documentale a lungo termine su supporti digitali con caratteristiche che lo rendono indipendente da codici e collegamenti esterni che ne possano alterare l'integrità e l'uniformità nel lungo periodo.

3.6. Il fascicolo informatico e la redazione e il deposito del verbale e dei provvedimenti

Il fascicolo informatico raccoglie gli atti, i documenti, gli allegati, le ricevute di posta elettronica certificata, i messaggi di sistema e i dati del procedimento. Esso contiene anche le copie per immagine degli atti e documenti, quando siano stati depositati su supporto analogico.

Il nuovo decreto, oltre a confermare ciò, si occupa di regolamentare le operazioni di accesso al fascicolo. Infatti il fascicolo informatico consente ai giudici tributari e agli altri soggetti abilitati al SI.Gi.T. la diretta consultazione dello stesso ed esonera le segreterie delle Commissioni tributarie dal produrre e rilasciare copie su supporto cartaceo degli atti e dei documenti informatici ivi contenuti ai soggetti abilitati alla consultazione.

Il processo verbale dell'udienza, redatto come documento informatico, è sottoscritto con firma elettronica qualificata o firma digitale dal presidente e dal segretario e qualora non sia possibile procedere alla sottoscrizione in tale forma, il processo verbale viene redatto su supporto cartaceo, sottoscritto nei modi ordinari e acquisito al fascicolo informatico tramite copia informatica (art. 15 d.m. 163 del 2013).

Le sentenze, i decreti e le ordinanze, redatti come documenti informatici sottoscritti con firma elettronica qualificata o firma digitale dei soggetti di cui all'art. 36 c. 3 d.lgs. 546 del 1992, sono trasmessi tra i componenti del collegio giudicante tramite il S.I.Gi.T. Tali provvedimento sono sottoscritti poi con la firma elettronica qualificata o firma digitale dal segretario di sezione che provvede al deposito della sentenza ai sensi dell'art. 37 d.lgs. 546 del 1992.

Anche la trasmissione da parte della commissione tributaria provinciale del fascicolo informatico alla competente commissione tributaria regionale avviene tramite il S.I.Gi.T., con le modalità tecniche operative stabilite dal decreto, finalizzate ad assicurarne la data certa nonché' l'integrità, l'autenticità e la riservatezza.

3.7. Processo cartaceo e processo telematico: elementi di confronto e criticità

Non vi è dubbio che il processo telematico tenda a superare o quantomeno a ridurre le criticità connesse ai tempi processuali che affaticano la gestione cartacea o processo tradizionale, rendendo meno efficiente il sistema di giustizia tributaria. La gestione telematica di tutte le attività inerenti il processo tributario tramite un qualunque collegamento internet (sia pure con le verifiche di sicurezza del sistema) si propone come risolutivo anche di problematiche connesse alla necessità di produrre fisicamente gli atti processuali e con l'effetto di delocalizzazione virtuale della Segreteria con vantaggi in termini di riduzione dei tempi e dei costi di procedura e di maggiore controllo e certezza degli atti e delle procedure di gestione.

Mentre nella gestione cartacea del processo le modalità di redazione del ricorso e di invio, soprattutto a mezzo posta, pongono non di rado problemi di inammissibilità e profili di contestazione correlati alla possibile presenza di atti senza testo, con parti illeggibili o privi di firma o degli elementi fondamentali del ricorso stesso, il sistema di invio telematico impone, invece, una procedura di controllo che effettua una verifica formale dei dati inseriti ed il modulo, per essere inviato, deve superare la procedura di validazione, che assicura la presenza degli elementi essenziali, la leggibilità e certezza di provenienza e consente di superare le incertezze e le inammissibilità formali degli atti. Infatti le parti, dopo aver predisposto *off line* il ricorso procedono all'invio alla commissione tributaria del file in formato PDF del ricorso e dei singoli allegati che si configurano come un unico documento su cui deve essere apposta la firma elettronica, e la trasmissione avviene solo dopo una loro validazione formale automatizzata.

Le modalità telematiche consentiranno anche il controllo sulla completezza degli atti che compongono il fascicolo processuale. Infatti ogni atto inviato a mezzo del S.I.Gi.T. riceve una protocollazione numerica ed è veicolato all'interno di una nota di iscrizione a ruolo firmata digitalmente dal mittente e il fascicolo informatico, formato dalla segreteria della commissione tributaria, viene ad essere costituito da tutti gli atti e i documenti acquisiti dal S.I.Gi.T. e dalle attestazioni rilasciate dal sistema, senza alcuna possibilità di esclusione degli atti validamente inviati. Nel fascicolo cartaceo, invece, è sempre possibile (e neppure raro) che, a causa di un carente controllo, non siano effettivamente contenuti atti pure indicati nell'indice.

La costituzione telematica consentirà, inoltre, di alleggerire il vincolo degli orari di apertura delle segreterie delle commissioni o degli uffici postali che influenzano il deposito del ricorso per la tempestiva costituzione in giudizio, poiché il S.I.Gi.T. sarà disponibile in linea per la quasi totalità della giornata. Il problema della tempestiva costituzione prevedibilmente si sposterà (come già accade per il processo civile telematico) alla verifica del perfezionamento del deposito se effettuato al limite della scadenza dei termini (ultima ora o minuti) nel caso di problemi tecnici del mezzo telematico o informatico. Resta salva, tuttavia, in tal caso la possibilità di richiedere al giudice competente la rimessione in termini giustificata dai problemi tecnici.

La formazione, gestione e consultabilità telematica del fascicolo (telematico) consente il superamento delle criticità per tempi, costi e incertezze della gestione cartacea del fascicolo anche per il deposito e comunicazione degli atti delle parti successivi al ricorso introduttivo della lite. Infatti nel processo tradizionale non è prevista la comunicazione da parte della segreteria della commissione tributaria di avviso di deposito dei

documenti e memorie successivi, sicché è onere delle parti verificarne il deposito, prenderne visione ed eventualmente ritirarne copia, con incombenze che richiedono tempo e impiego di risorse da destinare a tale servizio. Orbene, la diretta consultabilità del fascicolo telematico consentirà l'immediata ed agevole possibilità per le parti del processo di conoscere tutti gli atti depositati ed estrarne direttamente copia. Va al riguardo rilevato che il sistema di accesso al S.I.Gi.T prevede modalità tali da garantire anche l'identificazione dell'autore dell'accesso e la tracciabilità delle relative attività, rispondendo ad esigenze di controllo, trasparenza e di certezza nella comunicazione dei dati sensibili.

Infine, vanno evidenziati i vantaggi dell'automazione nell'ambito dell'applicativo S.I.Gi.T, anche sulla funzionalità organizzativa degli uffici della giurisdizione tributaria sia in relazione all'assegnazione automatica e casuale dei ricorsi alle sezioni, con possibilità immediata di verifica dei carichi per garantire correttivi di equa distribuzione, sia nel facilitare la riunione dei procedimenti connessi e l'immediato rilievo di eventuale litispendenza.

La gestione automatizzata comporta, tuttavia, una inevitabile dipendenza dall'efficienza del sistema e perciò impone innanzitutto investimenti per assicurare gli strumenti tecnici disponibili per gli uffici e la formazione adeguata degli operatori. Inoltre va costantemente monitorata la sicurezza informatica e la corretta operatività del sistema con i continui aggiornamenti tecnici e va garantita la tempestività ed efficacia dell'assistenza tecnica per la risoluzione dei possibili problemi tecnici-operativi degli strumenti e del sistema stesso anche a livello dei singoli uffici giudiziari. Come già verificabile per il processo civile telematico la piena operatività e sicurezza del sistema non può prescindere dall'impiego di risorse economiche adeguate e dalla tempestività degli interventi per evitare le paralisi di sistema e gli effetti distorsivi.

Guglielmo Cinque
Consigliere della Sezione lavoro della Corte di Appello di Napoli

La rappresentanza in giudizio dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro

abstract

Legislative Decree's n. 140/2015 nine.th section brings, despite of the waiting for implementation's decrees, an organic regulation of representation's institution in trial of National Inspectorate of Labour. This regulation made up in relation to different phases and processual grades, overcoming interpretative doubts, already considered in a jurisprudential matter because of questions tied up to similar situations.

keywords

Representation – Trial – National Inspectorate of Labour.

abstract

L'articolo 9 del d.lgs n. 149/2015 reca, pur in attesa dei decreti attuativi, una regolamentazione organica dell'istituto della rappresentanza in giudizio dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, articolata in relazione alle varie fasi e gradi processuali, superando altresì dubbi interpretativi che si erano già posti a livello giurisprudenziale per questioni relative ad altre analoghe fattispecie.

parole chiave

Rappresentanza – Giudizio – Ispettorato Nazionale del Lavoro.

sommario

Premessa. – **1.** Disciplina giuridica. – **2.** Criticità e differenze con disposizioni similari.

Premessa

Con il decreto legislativo 14.9.2015 n. 149 (in G.U. n. 221 del 23.9.2015) è stato istituito l'Ispettorato Nazionale del Lavoro che costituirà una unica struttura in cui convergeranno i servizi ispettivi dell'INPS, dell'INAIL e delle Direzioni territoriali del lavoro.

L'Ispettorato avrà sede in Roma, sarà sottoposto al controllo della Corte dei Conti e si avvarrà di strutture periferiche individuate in numero di 80, la cui disciplina è rimessa alla emanazione di complessi decreti attuativi che non solo dovranno specificare le varie forme di coordinamento tra l'Ispettorato e gli organismi ispettivi di INPS e INAIL, ma dovranno anche regolamentare la confluenza del personale dei vari Enti interessati all'accorpamento nella nuova struttura.

A livello centrale gli organi dell'Ispettorato nazionale sono: a) il direttore (nominato con decreto presidenziale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali; b) il consiglio di amministrazione; c) il collegio dei revisori.

L'Ispettorato Nazionale ha personalità giuridica di diritto pubblico, è dotato di autonomia organizzativa e contabile ed è posto sotto la vigilanza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che ne monitorerà periodicamente gli obiettivi e la corretta gestione delle risorse finanziarie.

Il direttore ha la rappresentanza legale dell'Ispettorato, provvede all'attuazione degli indirizzi e delle linee guida adottate di intesa con il consiglio di amministrazione e approvate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e presenta al consiglio di amministrazione il bilancio preventivo ed il conto consuntivo.

Tralasciando la tematica dei ricorsi amministrativi che potranno essere presentati al direttore della sede territoriale dell'Ispettorato e al Comitato per i rap-

porti di lavoro, di cui agli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 124/2004 che sono stati riscritti dall'art. 11 del d.lgs. n. 149/2015, particolare importanza riveste l'art. 9 di quest'ultimo decreto che regola la rappresentanza in giudizio dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro con una singolare articolazione che costituisce una sintesi proficua del contenuto di alcune disposizioni in materia di rappresentanza processuale contemplate per altri Enti pubblici.

1. Disciplina giuridica

Il primo comma dell'art. 9 del d.lgs. n. 149/2015 prevede che: «Fatto salvo quanto previsto dal comma 2, all'Ispettorato si applica l'articolo 1 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello stato di cui al regio decreto 30 ottobre 1933 n. 1611».

Il legislatore, quindi, in linea generale, richiamando (sia pure con le eccezioni di cui al comma secondo) l'applicabilità delle disposizioni di cui al regio decreto 30 ottobre 1933 n. 1611 in tema di rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e di regolamento dell'Avvocatura dello Stato, ha inteso sottolineare due aspetti ben precisi dell'Ispettorato Nazionale.

Il primo di natura politico-giuridica: l'Avvocatura provvede, infatti, nell'esercizio del suo patrocinio, non tanto e non solo alla tutela diretta degli interessi delle singole amministrazioni od enti patrocinati, quanto al perseguimento degli interessi generali ed esclusivi dello Stato nella sua unità, i quali possono anche trascendere da quelli peculiari costituiti dalla soccombenza o dalla vittoria nelle singole cause.

Con ciò, pertanto, si è voluto ribadire la natura e la personalità giuridica di diritto pubblico dell'Ispettorato, già sottoposto al controllo della Corte dei Conti, e portatore, quindi, di interessi statali sovraordinati a quelli dei singoli partecipanti in esso confluiti (Direzioni territoriali del lavoro, INPS ed INAIL).

Il secondo, di natura tecnico-processuale, consiste, invece, nella applicabilità di istituti particolari costituenti peculiarità e prerogative dell'attività contenziosa dell'Avvocatura, strumentali allo scopo della difesa: si pensi, ad esempio, alle norme in tema di foro erariale, a quelle in materia di notifica degli atti giudiziari e alla conformazione dello *ius postulandi*.

Con riguardo a tale ultimo punto, il primo comma dell'art. 9 deve essere coordinato con il secondo comma che stabilisce testualmente: «L'Ispettorato può farsi rappresentare e difendere, nel primo e secondo grado di giudizio, da propri funzionari nei giudizi di opposizione ad ordinanza ingiunzione, nei giudizi di opposizione a cartella esattoriale nelle materie di cui all'articolo 6, comma 4, lettera a), del decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150, nonché negli altri casi in cui la legislazione vigente consente alle amministrazioni pubbliche di stare in giudizio avvalendosi di propri dipendenti. Nel secondo grado di giudizio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, è fatta salva la possibilità per l'Avvocatura dello Stato di assumere direttamente la trattazione della causa secondo le modalità stabilite al fine dai decreti di cui all'articolo 5, comma 1. …».

In deroga al principio che lo Stato non può essere rappresentato che dall'Avvocatura, il legislatore ha, in primo luogo, individuato la tipologia del contenzioso in cui l'Ispettorato può farsi difendere da propri funzionari.

Al riguardo sono stati espressamente indicati: 1) i giudizi di opposizione a ordinanza-ingiunzione; 2) i giudizi di opposizione a cartella esattoriale nelle materie di cui all'articolo 6, comma 4, lettera a), del decreto legislativo 1 settembre 2011 n. 150 (e cioè in quelle riguardanti la tutela del lavoro, l'igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione infortuni sul lavoro); 3) gli altri casi in cui la legislazione vigente consente alle amministrazioni pubbliche di stare in giudizio avvalendosi di propri dipendenti (per esempio nelle controversie in materia di pubblico impiego *ex* art. 417 *bis* c.p.c.).

Il legislatore ha, poi, attribuito all'Ispettorato ("può") un potere discrezionale di farsi rappresentare e difendere, nel primo e secondo grado, da propri funzionari.

Si è, infine, distinto tra primo e secondo grado di giudizio: in quest'ultimo è stata fatta salva la possibilità per l'Avvocatura dello Stato di assumere direttamente la trattazione della causa, secondo le modalità stabilite a tal fine dai decreti attuativi, qualora vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici.

L'articolo in commento si conclude con una previsione in ordine alle determinazioni sulle spese di lite stabilendo che: «In caso di esito favorevole della lite all'Ispettorato sono riconosciute dal giudice le spese, i diritti e gli onorai di lite, con la riduzione del venti per cento dell'importo complessivo ivi previsto. Per la quantificazione dei relativi importi si applica il decreto adottato ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 27, per la liquidazione del compenso spettante agli avvocati. Le entrate derivanti dall'applicazione del presente comma confluiscono in un apposito capitolo di bilancio dell'Ispettorato e ne integrano le dotazioni finanziarie».

2. Criticità e differenze con disposizioni similari

Analizzando brevemente e sommariamente la disciplina sopra evidenziata, è opportuno sottolineare alcuni profili critici ed alcune differenze con altre norme sotto certi aspetti comparabili, per contenuto, come per esempio l'articolo 417-*bis* c.p.c.

Orbene, il decreto legislativo n. 149/2015 non contiene una esplicita disposizione (similmente a quanto prescrive l'ultimo comma dell'art. 415 c.p.c. in tema di pubblico impiego) per ciò che concerne il

luogo ove effettuare le notifiche per le controversie instaurate contro l'Istituto.

Il richiamo, però, al regio decreto 30 ottobre 1933 n. 1611 disposto dal primo comma dell'art. 9 rende applicabili, come sopra detto, le disposizioni peculiari previste per i giudizi in cui è parte l'Avvocatura dello Stato con riferimento alla disciplina del foro erariale, al regime delle notifiche degli atti giudiziari e alla conformazione dello *ius postulandi*.

Proprio con riferimento alla tematica delle notifiche e dello *ius postulandi*, il primo comma dell'art. 9 deve essere necessariamente letto in combinato disposto con il secondo che attribuisce all'Istituto la possibilità di farsi rappresentare e difendere da propri funzionari.

In pratica, il sistema è stato realizzato lasciando la possibilità per l'Istituto della difesa interna sia in primo che in secondo grado, salva, però, la possibilità per l'Avvocatura di assumere direttamente la trattazione della causa in secondo grado qualora vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici.

La ratio della concentrazione dell'obbligo di notifica presso l'Avvocatura dello Stato è rinvenibile, pertanto, coordinando le due disposizioni, nel consentire all'Avvocatura stessa di essere pronta a costituirsi in caso di diniego dell'Istituto alla costituzione a mezzo di propri funzionari e, comunque, di valutare la difesa in proprio, nell'eventuale secondo grado, qualora la questione oggetto del *thema decidendum* presenti determinate caratteristiche.

La legge, però, nulla precisa se, alla fine, la scelta definitiva sul tipo di costituzione spetti all'Avvocatura, sotto forma di nulla osta, ovvero all'Ispettorato: probabilmente la lacuna sarà colmata con l'emanazione dei decreti attuativi.

In ogni caso, sul punto, è richiesta una preventiva attività di coordinamento ed una previa intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Istituto Nazionale del lavoro proprio per i risvolti economici o per la importanza generale che la controversia può assumere anche nei successivi gradi di giudizio.

Naturalmente questa attività prodromica non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale ed attiene a valutazioni di carattere pubblicistico-organizzativo che costituiscono aspetti interni che non possono riguardare assolutamente la decisione del giudice.

Inoltre, non può escludersi che l'Avvocatura conservi, in ogni caso, la possibilità di fornire istruzioni sia perché comunque è organo consultivo delle Amministrazioni destinatarie del suo patrocinio, sia perché in secondo grado potrebbe appunto assumere direttamente la trattazione della causa.

A tal proposito l'articolo 9, secondo comma d.lgs. n. 149/2015, precisa che la modalità con cui questa sorta di "avocazione" o di esercizio diretto della rappresentanza da parte della Avvocatura potrà avvenire, sarà disciplinata dagli emanandi decreti attuativi di cui all'art. 5 comma 1 dello stesso decreto. Si tratterà, pertanto, di una procedura normativamente stabilita che sembra confermare la eccezionalità della facoltà di scelta limitatamente alla sussistenza della trattazione di questioni di massima o di questioni aventi notevoli riflessi economici.

A tal uopo si osserva che, per "questioni di massima", devono intendersi le questioni di diritto oggetto di contrasti giurisprudenziali (questioni di massima cd. reali) ovvero quelle di particolare rilevanza determinata dall'interpretazione di norme di diritto. (questioni di massima cd. potenziali).

Con riferimento al concetto di questioni "aventi notevoli riflessi economici" occorre avere riguardo, invece, a quei punti controversi del *thema decidendum* che possono incidere in modo significativo sul bilancio dello Stato e degli Istituti assistenziali e previdenziali in un'ottica, naturalmente, di raggiungimento degli interessi pubblici da considerarsi nella loro unità e globalità.

La scelta di attribuire anche il contenzioso di secondo grado, al di fuori delle indicate ipotesi, all'Istituto risponde sostanzialmente a due esigenze: la prima legata alla bassa percentuale di accoglimento, da parte dell'Avvocatura territoriale, delle richieste delle direzioni del lavoro di ricorrere contro le sentenze negative di primo grado; la seconda connessa ad una migliore gestione delle cause anche in considerazione di una diretta e specifica conoscenza dei fatti oggetto del giudizio.

Giova ricordare che la rappresentanza e difesa delle amministrazioni pubbliche da parte dei propri dipendenti è una soluzione frequente nel nostro ordinamento.

Tra le varie ipotesi si segnalano le opposizioni a sanzioni amministrative (art. 23 comma 4 legge 689/1981), il contenzioso tributario in primo e secondo grado (art. 11 d.lgs. n. 546/1992), le controversie previdenziali innanzi alla Corte dei Conti (art. 6 comma 4 legge n. 19/1994), il contenzioso sul diritto di accesso agli atti amministrativi (art. 4 comma 3 legge 205/2000) oltre ai casi in cui le amministrazioni statali, in passato, previa intesa con l'Avvocatura dello Stato, potevano farsi rappresentare da propri funzionari nei giudizi pretorili e innanzi al conciliatore.

Un ulteriore profilo meritevole di essere sottolineato è quello che attiene alla individuazione del personale che può rappresentare e difendere l'Istituto Nazionale.

Il legislatore si è trovato di fronte a due possibilità.

La prima era quella rinvenibile nella versione originaria dell'art. 447-*bis* c.p.c., come introdotto dall'art. 42 comma 1 del d.lgs. n. 80/1998. La disposizione prevedeva, infatti, che le amministrazioni pubbliche potessero stare in giudizio avvalendosi di propri funzionari muniti di mandato generale o speciale per ciascun giudizio.

La seconda era quella, invece, oggetto della modifica apportata dall'art. 19, comma 17 del d.lgs. n. 387 del 1998, nella versione attualmente vigente dell'art. 447-*bis* c.p.c., ove è stata sostituita la dizione "funzionario" con quella di "dipendente" ed è stato escluso ogni riferimento alla sussistenza di un mandato generale o speciale.

Tra le due alternative, una certamente restrittiva e l'altra più generica, con il decreto legislativo n. 149/2015 si è optato per una soluzione di compromesso.

Infatti, si è stabilito che l'Istituto deve essere rappresentato da funzionari (che è una categoria più ristretta rispetto a quella generica dei "dipendenti") ma non è stata richiesta la necessità di un mandato generale o speciale, così riconducendo la rappresentanza in giudizio dell'Ispettorato al rapporto di immedesimazione organica, a prescindere dal conferimento di uno specifico incarico.

Conseguentemente, il funzionario presente in udienza dovrà provare unicamente il proprio status di appartenente all'Amministrazione ma non anche il possesso della delega o la previa intesa con l'Avvocatura dello Stato.

La qualifica di funzionario richiesta dalla norma dovrebbe, altresì, attestare e assicurare una professionalità più specifica rispetto a quella in possesso delle altre categorie inferiori (per es. impiegati) che ben avrebbero potuto rappresentare l'Istituto qualora fosse stata richiamata la generica dizione di "dipendente".

Tale scelta è coerente anche per la tecnicità del processo e per la complessità e peculiarità delle materie oggetto del contendere che richiedono senza dubbio una professionalità adeguata a consentire una efficace difesa in giudizio dell'Istituto.

La tematica della rappresentanza in giudizio degli Enti pubblici con i propri dipendenti è stata oggetto anche dell'esame della Corte Costituzionale che, con riferimento all'art. 3 del r.d. n. 1611 del 1933, con ordinanza dell'8 giugno 1994 n. 228 ha ritenuto non violati gli artt. 3 (principio di uguaglianza), 33, comma 5 (che prevede il superamento di un esame di stato per l'abilitazione all'esercizio professionale) e 24 (in tema di garanzia per tutti di una adeguata difesa in giudizio) della Costituzione proprio perché la difesa delle amministrazioni statali mediante propri dipendenti avveniva in ragione del rapporto organico con essi intercorrente.

È evidente che la rappresentanza processuale, sia dell'Avvocatura dello Stato, sia dei funzionari dell'Ispettorato, non comporta anche la rappresentanza sostanziale di quest'ultimo sebbene si possano compiere tutti quegli atti processuali (come la rinunzia agli atti del giudizio) che, pur non costituendo disposizione del diritto sostanziale controverso, possono nondimeno determinare effetti di natura sostanziale.

L'articolo 9 del d.lgs. n. 149/2015 prevede, infine, che in caso di esito favorevole della lite, all'Ispettorato siano riconosciute le spese, i diritti e gli onorari, con la riduzione del 20% dell'importo complessivo, applicando le disposizioni per la liquidazione del compenso spettante agli avvocati. Le entrate confluiranno in un apposito capitolo di bilancio.

Sul problema della spettanza o meno delle spese di lite in caso di vittoria delle pubbliche amministrazioni che si fossero avvalse dell'attività defensionale dei propri dipendenti, la giurisprudenza non si è mostrata univoca.

La Suprema Corte di Cassazione (da ultimo sez. 2 sent. n. 11389 del 24 maggio 2011), in materia di opposizione a ordinanza ingiunzione, ha affermato in modo costante che l'autorità amministrativa che ha emesso il provvedimento sanzionatorio, quando sta in giudizio personalmente avvalendosi di propri funzionari, non può ottenere la condanna dell'opponente, se soccombente, al pagamento dei diritti e degli onorari di avvocato, difettando le relative qualità nel funzionario amministrativo che sta in giudizio, ma solo il rimborso delle spese, diverse da quelle generali, che abbia concretamente affrontato in quel giudizio, risultanti da apposita nota.

Nei giudizi pensionistici la Corte dei Conti (tra le altre sez. Lombardia n. 253/2006, 341/2006 e sez. Lazio n. 688/2007) ha ritenuto che fosse ammissibile la condanna della parte soccombente al pagamento delle spese sostenute dalla amministrazione resistente per lo svolgimento delle difese e la partecipazione alle udienze.

Sotto il profilo legislativo, invece, merita di essere segnalato l'art. 15 comma 2-*sexies* del d.lgs. n. 546/1992, come modificato ma senza sostanziali difformità su detto specifico punto dal d.lgs. n. 156/2015, in materia di contenzioso tributario, che prevede in favore dell'amministrazione vittoriosa in giudizio l'applicazione delle tariffe forensi decurtate del 20% in considerazione della qualifica non avvocatoria dei dipendenti difensori.

Ebbene, il legislatore del 2015 in un'ottica di uniformità della disciplina e con l'intento di superare i contrasti giurisprudenziali, ha in sostanza ribadito la disposizione di cui al citato articolo 15 anche per l'attività svolta dai funzionari dell'Ispettorato.

E con la previsione della riduzione del 20% non si è posto in contrasto neanche con la posizione della Corte Costituzionale che, con ordinanza del 2 aprile 1999 n. 117, aveva ritenuto non fondata la prospettata illegittimità costituzionale degli artt. 23 legge 689/1981 e 91 c.p.c. nella parte in cui non era consentita la liquidazione delle spese di lite a favore della amministrazione vittoriosa difesa dai propri funzionari proprio perché questi ultimi non erano in possesso della qualifica avvocatoria.

Infatti, con la diminuzione del 20% degli onorari comunque si è differenziata la posizione del funzio-

nario difensore da quella dell'avvocato così non violando il principio costituzionale dell'obbligo di parità di trattamento sancito solo in ipotesi di sussistenza di presupposti uguali.

La destinazione, poi, delle entrate presso un apposito capitolo di bilancio dell'Ispettorato attribuisce alla norma la natura di norma finanziaria e non tributaria per cui risulterebbe inconferente anche un ipotetico contrasto con l'art. 53 della Costituzione.

In conclusione, quindi, con l'art. 9 del d.lgs. n. 149/2015 è stato regolamentato, in attesa certamente dei decreti attuativi che dovranno completare il quadro normativo, ogni profilo dell'attività difensiva giudiziale dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, da quello della instaurazione del contraddittorio, a quello dello *ius postulandi* fino alle conseguenze dell'esito della lite, in una ottica di semplificazione, di certezza e di uniformità dei punti già oggetto di discussione e di dibattito giurisprudenziale.

Norma di legge commentata:

Art. 9 del decreto legislativo 14 settembre 2015 n. 149

Rappresentanza in giudizio

Fatto salvo quanto previsto dal comma 2, all'Ispettorato si applica l'articolo 1 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611.

L'Ispettorato può farsi rappresentare e difendere, nel primo e secondo grado di giudizio, da propri funzionari nei giudizi di opposizione ad ordinanza ingiunzione, nei giudizi di opposizione a cartella esattoriale nelle materie di cui all'articolo 6, comma 4, lettera a), del decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150, nonché negli altri casi in cui la legislazione vigente consente alle amministrazioni pubbliche di stare in giudizio avvalendosi di propri dipendenti. Nel secondo grado di giudizio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, è fatta salva la possibilità per l'Avvocatura dello Stato di assumere direttamente la trattazione della causa secondo le modalità stabilite al fine dai decreti di cui all'articolo 5 comma 1. In caso di esito favorevole della lite all'Ispettorato sono riconosciute dal giudice le spese, i diritti e gli onorari di lite, con la riduzione del venti per cento dell'importo complessivo ivi previsto. Per la quantificazione dei relativi importi si applica il decreto adottato ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto legge 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, per la liquidazione del compenso spettante agli avvocati. Le entrate derivanti dall'applicazione del presente comma confluiscono in un apposito capitolo di bilancio dell'Ispettorato e ne integrano le dotazioni finanziarie.

Recensioni

Le estorsioni in Campania. Il controllo dello spazio sociale tra violenza e consenso e l'usura in Campania. Un ricorso differenziato al credito illegale ma un uguale esito di avvelenamento dell'economia regionale
a cura di Giacomo Di Gennaro, Rubbettino editore, 2015 570
a cura di Giuseppe Amarelli

a cura di Giuseppe Amarelli
Professore associato di Diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II

Le estorsioni in Campania. Il controllo dello spazio sociale tra violenza e consenso e l'usura in Campania. Un ricorso differenziato al credito illegale ma un uguale esito di avvelenamento dell'economia regionale

a cura di Giacomo Di Gennaro, Rubbettino editore, 2015*

Le estorsioni e l'usura costituiscono due eclatanti fenomeni criminosi lesivi degli interessi patrimoniali delle vittime e caratterizzati da una diffusione territoriale inversamente proporzionale alla loro 'emersione giudiziaria': entrambi, infatti, sono connotati da un'elevatissima "cifra oscura", essendo rari i casi in cui la vittima presenti denuncia nei confronti dell'autore del reato. Nella prima eventualità per il timore della concretizzazione delle minacce in precedenza subite, nella seconda eventualità per la vergogna di rendere pubblico il suo stato di bisogno economico.

Ad acuire la tendenziale ritrosia della vittima di questi reati, per la cui consumazione è richiesta la sua necessaria cooperazione artificiosa – essendo sia l'atto di disposizione patrimoniale nell'estorsione, sia il contratto usurario nell'usura, effettuati consapevolmente dal soggetto passivo, seppure psicologicamente coartato, rispettivamente, o dalle richieste intimidatrici o dallo stato irrimediabile di indigenza economica –, ha contribuito il loro sempre più frequente collegamento con la criminalità organizzata: le richieste estorsive prima ed i prestiti usurai dopo e con maggior difficoltà (essendo ritenuti inizialmente indegni dagli 'uomini d'onore'), sono, infatti, divenuti due delle principali fonti di sostentamento ordinario delle associazioni di tipo mafioso.

I due bei volumi curati da Giacomo Di Gennaro con ricchezza di dati e ampiezza di respiro hanno l'indiscutibile merito di fare luce su entrambi i fenomeni, indagando per la prima volta la loro espansione e diffusione nell'ambito dell'intera regione Campania in un'interessante ed originale prospettiva integrata socio-criminologica e giuridico-penale.

Il primo tomo, arricchito da una prefazione del Procuratore Nazionale Antimafia Franco Roberti, raccoglie gli esiti di un approfondito lavoro di ricerca a più mani condotto sul fenomeno estorsivo nelle diverse province che compongono l'area territoriale della regione campana. Attraverso il sapiente utilizzo di fonti statistiche e giudiziarie esso riesce a fornire una puntuale descrizione dei caratteri connotativi delle pratiche estorsive in quanto forme illegali di accumulazione di reddito, delle sue diverse forme di manifestazione (pizzo, tangente, imposizione di prodotti o forniture, acquisto di un bene ad un prezzo superiore al suo valore reale ecc.), nonché delle ragioni del loro diverso atteggiarsi ed affermarsi nei differenti contesti locali della regione, sfatando alcuni luoghi comuni come quello dell'immunità dal fenomeno delle province di Avellino e Benevento.

Particolarmente interessante è anche l'indagine condotta sull'impiego delle estorsioni da parte dei clan camorristici come forma tipica di procacciamento di introiti, nonché come strumento di controllo sociale ed economico del territorio in cui operano e la successiva analisi della loro trasformazione nel corso del tempo che, nel quadro della globalizzazione economica e finanziaria, spiega non solo il diverso ruolo assunto dalle vittime ma le maggiori responsabilità espresse dalle istituzioni sociali e civili.

Alla luce di tali articolate ricerche, arricchite anche da una minuziosa ricostruzione della dinamica interna del fenomeno estorsivo in Campania nel quadriennio 2010-2013 incentrata sui dati provenienti dalle aree di competenza dei diversi Tribunali, emerge che il contrasto e la repressione nei confronti di questa odiosa forma di accumulazione illegale di ricchezza non solo consente di soffocare sul nascere una modalità acquisitiva violenta di risorse economiche basilare per lo sviluppo di ulteriori attività e traffici criminali delle stesse organizzazioni criminali di tipo camorristico, ma restituisce anche alle comunità locali quel diritto alla sicurezza che è condizione fondamentale e imprescindibile per l'esercizio della libertà economica e degli ulteriori diritti civili e sociali.

Il secondo volume si interessa, invece, di indagare con analoga profondità e respiro il diverso, ma affine, fenomeno dell'usura, sempre dal medesimo angolo di visuale regionale e nella prospettiva integrata tra sociologia e diritto penale sostanziale, riscontrando dati statistici non confortanti circa la sua alterna diffusione all'interno delle diverse province campane, nonostante la presenza di fattispecie incriminatrici corredate di risposte sanzionatorie in teoria particolarmente efficaci.

* Rispettivamente pp. 408 e pp. 332, scaricabili gratuitamente dal sito *www.antiracket.info*.

Come ben messo in evidenza nei saggi raccolti, la pratica usuraia, infatti, negli ultimi anni invece di avere un'auspicata contrazione, ha conosciuto un notevole sviluppo, imputabile principalmente ad una pluralità concatenata di fattori esterni: la crisi economica nazionale ed internazionale prolungata, il sovraindebitamento delle famiglie e la crescente difficoltà di accedere a forme di credito e finanziamento legali.

Altro aspetto originale messo acutamente in luce è quello della diffusione dell'usura lungo direttrici differenti: non solo, cioè, come fenomeno tipico della criminalità organizzata, legato sovente alle sue attività estorsive e declinabile – sulla base del materiale giudiziario analizzato – secondo diversi paradigmi (la vendita di soldi, l'*escalation* usuraia, ecc.), ma anche come pratica diffusa nei rapporti interpersonali (la c.d. rete dell'usura di vicinato e dell'usura professionale) e, addirittura, in quelli tra il richiedente un prestito, un fido, un mutuo o finanziamento e gli istituti di credito eroganti.

L'obiettivo ambizioso di fondo è quello di illuminare le ragioni che presiedono ai meccanismi di sopravvivenza e sviluppo del fenomeno ed alla configurazione di politiche pubbliche più efficaci e mirate di contrasto, incentrate sull'impiego di strumenti controversi come le misure di ablazione patrimoniale anche in caso di prescrizione del reato.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CORTE DI CASSAZIONE
Cass. civ., sez. I, 12.05.2016, n. 9772 s.m.
Cass. civ., sez. un., 10.05.2016, n. 9451 s.m.
Cass. civ., sez. un., 10.05.2016, n. 9449 s.m.
Cass. civ., sez. un., 09.05.2016, n. 9284 s.m.
Cass. civ., sez. un., 09.05.2016, n. 9279 s.m.
Cass. civ., sez. un., 06.05.2016, n. 9144 s.m.
Cass. civ., sez. I, 04.05.2016, n. 8795 s.m.
Cass. civ., sez. un., 21.04.2016, n. 8059 s.m.
Cass. civ., sez. un., 19.04.2016, n. 7700 s.m.
Cass. civ., sez. III, 05.04.2016, n. 6533 s.m.
Cass. civ., sez. un., 15.03.2016, n. 5072
(con nota di Alfano)
Cass.civ., sez. un., 15.03.2016, n. 5068
(con nota di Berrino)

TRIBUNALE
Trib. Catania, 16.05.2016 s.m.
Trib. Cosenza, 05.05.2016 s.m.
Trib. Napoli Nord, 03.05.2016 s.m.
Trib. Cagliari, 29.04.2016 s.m.
Trib. Milano, 28.04.2016 s.m.
Trib. Vasto, 23.04.2016 s.m.
Trib. Napoli, sez. lav., 15.03.2016, n. 2222
(con nota di Sorrentino)
Trib. Napoli, 08.03.2016 s.m.
Trib. Torino, 08.03.2016 s.m.
Trib. Lamezia Terme, 07.03.2016 s.m.
Trib. Busto Arsizio, 03.02.2016 s.m.
Trib. Milano, 03.02.2016 s.m.
Trib. Benevento, 25.01.2016 s.m.
Trib. Firenze, 17.01.2016 s.m.

Diritto e procedura penale

CORTE DI GIUSTIZIA
C. G. U.E., Grande Sezione, 08.09.2015,
causa C-105/14, (con nota di Franceschini)

CORTE DI CASSAZIONE
Cass., sez. un., 13.04.2016, n. 15427
(con nota di Pignatelli)
Cass., sez. II, 16.02.2016, n. 8961 s.m.
Cass., sez. I, 15.02.2016, n. 12362 s.m.
Cass., sez. VI, 11.02.2016, n. 8617 s.m.
Cass., sez. IV, 10.02.2016, n. 8883 s.m.
Cass., sez. II, 09.02.2016, n. 8854 s.m.
Cass., sez. VI, 18.02.2016, n. 8212 s.m.
Cass., sez. VI, 09.02.2016, n. 6851 s.m.
Cass., sez. VI, 09.02.2016, n. 6850 s.m.
Cass., sez. V, 09.02.2016, n. 6354 s.m.
Cass., sez. II, 09.02.2016, n. 6149 s.m.
Cass., sez. un., 29.01.2016, n. 10959 s.m.
Cass., sez. VI, 27.01.2016, n. 6360 s.m.
Cass., sez. VI, 26.01.2016, n. 8885 s.m.
Cass., sez. V, 21.12.2015, n. 50102
(con nota di Laudonia)
Cass., sez. III, 17.09.2015, n. 2210
(con nota di Franceschini)

TRIBUNALE
Trib. Nola, coll. D), 11.04.2016, n. 1258 s.m.
Trib. Napoli, G.M., 04.04.2016, n. 6162 s.m.
Trib. Napoli, sez. I, ord. 15.03.2016, n. 209 s.m.
Trib. Nola, coll. D), 02.03.2016, n. 732 s.m.
Trib. Napoli, sez. I, 01.03.2016, n. 3664 s.m.
Trib. Napoli, G.M., 29.02.2016, n. 3620 s.m.
Trib. Nola, coll. B), 24.02.2016, n.614 s.m.
Trib. Nola, coll. B), 10.02.2016, n. 03 s.m.
Trib. Nola coll. C), 21.01.2016, n. 190 s.m.
Trib. Nola, G.M., 19.01.2016, n. 136 s.m.
Trib. Nola, coll. A), 07.01.2016, n. 5 s.m.
Trib. Nola, G.M., 24.07.2015, n. 2136 s.m.

G.I.P./G.U.P
Trib. Nola, G.U.P., ord. 12.04.2016, n. 2908 s.m.

Diritto amministrativo

CORTE DI GIUSTIZIA
C.G.U.E., Grande Camera, 05.04.2016, C-689/13
s.m.

CONSIGLIO DI STATO
Cons. Stato, sez. V, 15.03.2016, n. 1033 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 07.03.2016, n. 923 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 29.04.2016, n. 1641 s.m.
Cons. Stato, sez. IV, 20.04.2016, n. 1557 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 14.04.2016, n. 1504s.m.
Cons. Stato, sez. III, 13.04.2016, n. 1471s.m.
Cons. Stato, sez. V, 16.03.2016, n. 1049 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 16.03.2016, n. 1039 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 15.03.2016, n. 1028 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 15.03.2016, n. 1032 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 15.03.2016, n. 1024 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI GIUSTIZIA
C.G.U.E., 07.04.2016, causa C-546/14, *Degano Trasporti S.a.S.* s.m.

CASSAZIONE
Cass. civ., sez. V, 27.04.2016, n. 8326 s.m.
Cass. civ., sez. V, 13.04.2016, n. 7273 s.m.
Cass. civ., sez. V., 08.04.2016, n. 6883 s.m.
Cass. civ., sez. V, 01.04.2016, n. 6332 s.m.
Cass. civ., sez. VI, 17.03.2016, n. 5361 s.m.

Diritto internazionale

CORTE EDU
Corte EDU, decisione *Tabbane contro Svizzera*, ricorso n. 41069/12, 01.03.2016 s.m.
Corte EDU, caso Arlewin contro Svezia, sentenza depositata il 01.03.2016 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA
C.G.U.E. (Prima Sezione) 21.04.2016, causa C572/14, *Austro-Mechana*s.m.

TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER LA EX-IUGOSLAVIA ICTY
Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic Public, IT-95-5/18-T, sentenza del 24.03.2016 s.m.