

Giapeto Editore

Gazzetta **FORENSE**

Settembre - Ottobre 2017

L'importanza di misurare la corruzione

RAFFAELE CANTONE

Sulla legittimità del patto di prova.
Rilevanza delle Mansioni.

*Nota a Corte di Appello di Napoli, Sez. lavoro,
25 maggio 2017 n. 3871*

LUIGI MOLVETTI - GIUSEPPE TAIS

Limiti applicativi della sospensione condizionale
della pena e divieto di *reformatio in pejus*

MARTINA TARZIA

La tutela cautelare nel nuovo rito su ammissioni
ed esclusioni nelle procedure di affidamento dei
contratti pubblici

FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

settembre - ottobre 2017

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 10 - Numero 5 - Settembre/Ottobre 2017

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE

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

EDITORE

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

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Alberico, Francesco Albertini, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Michele Corleto, Francesco Cossu, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Francesca Galgano, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzezzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Raffaele Manfredi, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nistri, Vincenzo Pappa Monteforte, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI VALUTAZIONE

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, Marco Esposito, Lucilla Gatt, Umberto Lauro, Roberto Mastroianni, Antonio Merone, Lucio Napolitano, Andrea Patroni Griffi, Rosa Pezzullo, Luca Pisani, Maria Rosaria San Giorgio, Pietro Sirena, Raffaele Teti, Antonio Uricchio

Rassegne di giurisprudenza a cura di

Andrea Alberico, Almerina Bove, Carlo Buonauro, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Mario de Bellis, Vincenzo delli Priscoli, Antonio De Simone, Fabrizio Granata, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzezzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nistri, Alessia Palladino, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Enza Sonetti, Giorgia Viola, Valeria Zannella

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

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

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Grafica Tuccillo - novembre 2017

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

**Università
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

L'IMPORTANZA DI MISURARE LA CORRUZIONE	925
di Raffaele Cantone	

Diritto e procedura civile

IL DIVIETO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA DEL PROFESSIONISTA	928
di Pietro Paolo Ferraro	
DALLO "SCISMA SOMMERSO" ALL'ERA DI PAPA FRANCESCO	937
di Leone Melillo	
SUL RISARCIMENTO DEL DANNO DIFFERENZIALE E PERSONALIZZAZIONE DELLA LIQUIDAZIONE. <i>Nota a Tribunale di Napoli, sez. Lavoro, 4 gennaio 2017, n. 9311</i>	942
di Andrea Carbone	
SULL'OPPOSIZIONE ALLA CARTELLA DI PAGAMENTO, EMESSA AI FINI DELLA RISCOSSIONE DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA COMMINATA PER VIOLAZIONE DEL CODICE DELLA STRADA. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 maggio - 22 settembre 2017, n. 22080</i>	953
di Rosa Abagnale	
SULLA PROVA DEL NESSO DI CAUSALITÀ, IN AMBITO CIVILE, FRA LA CONDOTTA OMISSIVA DEI SANITARI ED IL DECESSO, APPLICABILITÀ DEI PRINCIPI DELLA "PREPONDERANZA DELL'EVIDENZA" O DEL "PIÙ PROBABILE CHE NON". <i>Nota a Tribunale di Catania, Sezione V, 23 ottobre 2017, n. 4445</i>	964
di Fara Ciccarelli	
SULLA LEGITTIMITÀ DEL PATTO DI PROVA. RILEVANZA DELLE MANSIONI. <i>Nota a Corte di Appello di Napoli, Sez. lavoro, 25 maggio 2017 n. 3871</i>	970
di Luigi Molvetti - Giuseppe Tais	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	976
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	978
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	

Diritto e procedura penale

LA NUOVA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO ALLA LUCE DELLA LEGGE GELLI-BIANCO	984
di Annalisa Imparato	
LIMITI APPLICATIVI DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA E DIVIETO DI <i>REFORMATIO IN PEJUS</i>	990
di Martina Tarzia	
SEQUESTRO DI MATERIALE INFORMATICO POI RESTITUITO: AMMISSIBILE IL RIESAME PUR DELLA SOLA COPIA. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 20 luglio 2017, n. 40963</i>	999
di Erica Vicentini	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	1012
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	1016
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	1019
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

LA TUTELA CAUTELARE NEL NUOVO RITO SU AMMISSIONI ED ESCLUSIONI NELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI	1024
di Flavia Margherita D'Amico	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE <i>(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)</i>	1030
a cura di Almerina Bove	

Diritto tributario

L'ATTIVITÀ DI CONSULENZA GIURIDICA VOLTA ALLA FATTIVA COLLABORAZIONE TRA FISCO
E CONTRIBUENTE E IL DIRITTO DI INTERPELLO1034
di Eduardo Maria Piccirilli

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE
DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE1042
a cura di Maria Pia Nastri

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA1046
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Revoca della patente di guida *ex art. 120* del Codice della Strada; «droghe leggere» e «droghe pesanti».1052
di Gaetano Albanese

DIRITTO PENALE

Il risarcimento *ex art. 35-ter* ord. penit. si applica anche in stato di custodia cautelare. 1056
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sulle condizioni di ammissibilità del ricorso collettivo proposto innanzi al Giudice amministrativo. 1063
di Elia Scafuri

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

IL LUNGO CAMMINO DEL TERZO SETTORE. UN MUTAMENTO GIURIDICO E CULTURALE 1070
di Teodora Scarfò

CONDOTTE RIPARATORIE ED ESTINZIONE DEL REATO 1077
di Roberta D'Onofrio

ALCUNI ASPETTI DELLA DELEGA AL GOVERNO PER LA RIFORMA DELLE DISCIPLINE DELLA CRISI D'IMPRESA
E DELL'INSOLVENZA 1088
di Valentina Vitulano

Recensioni

HO VISTO COSE. TUTTI I TRUCCHI PER RUBARE IN ITALIA RACCONTATI DA UN MANAGER PUBBLICO
di Alberto Pierobon con Alessandro Zardetto, ed. Ponte alle Grazie, 2017, pp. 224 1098
a cura di Luca Longhi

INDICE DELLE SENTENZE 1101

Raffaele Cantone
Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Editoriale

L'importanza di misurare la corruzione

È importante riuscire a misurare la corruzione e dello stesso avviso è il procuratore nazionale antimafia, il quale, in più occasioni, ha sottolineato come gli indicatori di corruzione sarebbero utilissimi anche per individuare la presenza delle organizzazioni criminali, dal momento che ricorrono sempre più spesso alle tangenti, soprattutto nei territori di insediamento più recente non caratterizzati da una mafiosità “storica”.

Essendo la corruzione un fenomeno conoscibile solo in parte, diventa fondamentale sapere quanto è vasto il fenomeno, come si articola e quali sono le sue caratteristiche.

Bisogna chiedersi se esistono strumenti oggettivi per misurare la corruzione. Per rispondere a tale domanda, prima è necessario stabilire cosa si intenda con questo termine. Per quanto mi riguarda ritengo che solo nei casi contemplati dal codice penale si possa parlare di corruzione (peraltro definita in termini sostanzialmente omogenei in gran parte dei Paesi del mondo), circostanza che si verifica quando si “svende” la propria attività in cambio di una qualche utilità. In Italia è prevista una pluralità di ipotesi in base al tipo di attività o di soggetti che operano, ma la struttura è sempre la medesima. Negli ultimi anni, dopo l'ultima riforma della Pubblica amministrazione, in una parte della dottrina si è fatto strada il convincimento che la nuova normativa introduca di fatto una nozione di “corruzione amministrativa” ben più ampia della mera fattispecie penalistica e riconducibile in sostanza al concetto anglosassone di *maladministration*. Pur non condividendo tale impostazione (non implicando la commissione di reati a mio avviso essa non è definibile come corruzione) si deve comunque riconoscere l'utilità di questa categoria interpretativa. Operando in una prospettiva di prevenzione, occorre individuare i criteri e le situazioni che richiedono un intervento, pertanto anche criticità solo potenziali, legate a questioni organizzative e procedurali, assumono particolare rilevanza.

Per tornare al discorso generale, è evidente che bisogna provare a capire i meccanismi attraverso cui si esplica la corruzione, ormai cambiata al punto da rendere persino difficile distinguere fra il corrotto e il corruttore, dato che i soggetti coinvolti non operano più in logiche contrapposte ma spesso fanno parte del-

la stessa organizzazione. Sotto questo aspetto, gli unici dati davvero certi per stabilire il *quantum* di corruzione sono quelli giudiziari, ma senza dimenticare che tale delitto per sua natura è caratterizzato da un elevatissimo *dark number*: i casi che emergono rappresentano solo una piccolissima percentuale, perché alla base c'è un patto illecito fra due soggetti che si accordano per ottenere un vantaggio reciproco e che perciò non hanno alcuna intenzione a far emergere. Se quindi è possibile sapere con precisione quanti furti si verificano, perché la vittima ha tutto l'interesse a denunciare il reato subito, per la corruzione non è così. Di conseguenza se si utilizzassero per la misurazione solo i dati giudiziari, il risultato sarebbe del tutto distorto. Non solo perché, come detto, gran parte del fenomeno resta sommerso ma perché si tratta di numeri “inaffidabili” dal punto di vista quantitativo e temporale: dietro una singola sentenza di condanna possono celarsi molti episodi di corruzione, che magari si sono peraltro verificati nell'arco di più anni (si pensi all'inchiesta “Mafia capitale”, che prende in esame vicende accadute nel loro complesso in quasi un decennio).

Prendere dunque a unico modello di riferimento le statistiche ministeriali, pur nella loro oggettività, non è solo limitativo ma fuorviante al punto da rischiare di condurre a conseguenze paradossalmente opposte rispetto alle intenzioni di pretesa scientificità. In Italia, ad esempio, il tentativo di sminuire la rilevanza del problema corruttivo è passato proprio attraverso una eccessiva valorizzazione delle cifre giudiziarie. La relazione al Parlamento relativa al 2010 del SAeT¹, l'organismo anticorruzione precedente all'Anac, riteneva che nel nostro Paese non ci fosse un'emergenza utilizzando a supporto di tale tesi proprio i numeri del ministero. All'esito dell'analisi di questi dati, definiti nel rapporto “ufficiali, completi e assolutamente attendibili” (ed effettivamente lo erano, al netto della loro parzialità nel fotografare un fenomeno tanto particolare) la conclusione era che l'integrità della Pubblica amministrazione italiana nel suo complesso era “evidente” e “inequivocabile”.

¹ Servizio anticorruzione e trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Se nemmeno i numeri oggettivi possono essere di per sé sufficienti, il punto è capire quali altri indici si possono impiegare. A oggi, dobbiamo essere onesti, ne esiste solo uno: il *Corruption perception index* (Cpi) di Transparency International, che suscita molte perplessità, poiché non individua la corruzione ma la sua percezione. Eppure, proprio per il fatto di essere l'unico indicatore disponibile, il Cpi ha finito per assumere un significato più ampio, anche dal punto di vista economico, tant'è vero che nei panel degli investitori internazionali le classifiche di Transparency rappresentano ormai uno degli elementi presi in considerazione per investire o meno in un determinato Paese. Malgrado la necessità di assicurare una maggiore trasparenza sul campione oggetto di valutazione e di individuare criteri di maggiore omogeneità fra le varie nazioni, va riconosciuto che questa rilevazione, pur con tutti i suoi limiti, è comunque sintomatica di un aspetto che non può essere sottovalutato: il grado di fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni.

Esistono sistemi alternativi per quantificare la corruzione? Io credo si possa giungere a individuare una serie di indicatori la cui presenza è statisticamente significativa nei casi patologici. Le anomalie nella gestione degli appalti è ad esempio assai rilevante in circostanze del genere. Mi rifaccio di nuovo a un caso concreto e già citato in precedenza: le indagini dell'inchiesta "Mafia capitale" hanno messo in luce la presenza di un sistema di corruzione nel campo dei contratti pubblici radicato e profondo. Ebbene, dopo la prima ondata di arresti l'Anac ha svolto un'attività ispettiva sulle modalità di assegnazione degli appalti da parte di Roma Capitale e ha riscontrato un tasso di procedure negoziate superiore al 90%, effettuato attraverso affidamenti diretti o trattativa privata. È dunque evidente che proprio la presenza di procedure atipiche in maniera così massiccia fosse di per sé un campanello d'allarme. Al tempo stesso questa vicenda dimostra che simili "accertamenti", che possono essere estesi anche ad altre attività a rischio, consentono di individuare una serie di indici che, combinati coi dati giudiziari e col Cpi, possono fornire classifiche attendibili.

Credo si tratti di una esigenza assoluta, condivisa a livello internazionale. Nel 2014, in occasione della mia prima trasferta all'estero da presidente dell'Anac presso l'Ocse, ho chiesto formalmente al segretario generale Angel Gurría che fosse l'Organizzazione a farsi carico della redazione di classifiche "scientifiche", nella convinzione – alla luce delle inevitabili ricadute anche economiche – che debbano essere organismi indipendenti a elaborare gli indicatori.

Non ci si può accontentare, però, di misurare la corruzione. È utile anche individuare le misure preventive messe in campo, un compito relativamente semplice che si può effettuare analizzando dal punto di vista quantitativo l'adozione dei Piani anticorruzione, obbligatori in molti Paesi. C'è tuttavia un altro indice

ben più rilevante, che definirei di tipo "qualitativo", al quale occorre tentare di giungere, con l'obiettivo di verificare l'efficacia dei presidi anticorruzione messi in campo e accertare se producono risultati concreti o si riducono a un formalistico adempimento burocratico. Che si parli di sicurezza sul lavoro o di reati, in tutti i settori la prevenzione sconta purtroppo problemi di investimento dovuti alla difficoltà di "misurarne" gli effetti. Proprio per questo, per i profili che qui rilevano, bisogna lavorare per individuare un indicatore in grado di valutare la bontà dei provvedimenti attuati, perché per contrastare la corruzione è impensabile affidarsi solo alla repressione, di per sé insufficiente a prescindere dal mezzo investigativo impiegato.

Grazie anche al contributo dell'Istat, l'Anac ha compiuto uno sforzo per provare a mettere in campo indici adeguati, con un lavoro che ovviamente è a disposizione di tutti. L'impegno dev'essere però sul piano internazionale, perché indicatori simili hanno un senso solo se possono essere utilizzati da più Paesi e se si creano meccanismi che consentono una valutazione comparativa del tasso di corruzione.

Diritto e procedura civile

IL DIVIETO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA DEL PROFESSIONISTA	928
di Pietro Paolo Ferraro	
DALLO “SCISMA SOMMERSO” ALL’ERA DI PAPA FRANCESCO	937
di Leone Melillo	
SUL RISARCIMENTO DEL DANNO DIFFERENZIALE E PERSONALIZZAZIONE DELLA LIQUIDAZIONE. <i>Nota a Tribunale di Napoli, sez. Lavoro, 4 gennaio 2017, n. 9311</i>	942
di Andrea Carbone	
SULL’OPPOSIZIONE ALLA CARTELLA DI PAGAMENTO, EMESSA AI FINI DELLA RISCOSSIONE DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA COMMINATA PER VIOLAZIONE DEL CODICE DELLA STRADA. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 maggio - 22 settembre 2017, n. 22080</i>	953
di Rosa Abagnale	
SULLA PROVA DEL NESSO DI CAUSALITÀ, IN AMBITO CIVILE, FRA LA CONDOTTA OMISSIVA DEI SANITARI ED IL DECESSO, APPLICABILITÀ DEI PRINCIPI DELLA “PREPONDERANZA DELL’EVIDENZA” O DEL “PIÙ PROBABILE CHE NON”. <i>Nota a Tribunale di Catania, Sezione V, 23 ottobre 2017, n. 4445</i>	964
di Fara Ciccarelli	
SULLA LEGITTIMITÀ DEL PATTO DI PROVA. RILEVANZA DELLE MANSIONI. <i>Nota a Corte di Appello di Napoli, Sez. lavoro, 25 maggio 2017 n. 3871</i>	970
di Luigi Molveti - Giuseppe Tais	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	976
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	978
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	



Il divieto di abuso di dipendenza economica del professionista

abstract

The article examines the prohibition of abuse of economic dependence of self-employed person, as introduced by Law no 81 of May 22, 2017 (the so-called "Jobs Act regarding self-employment"), which provides professionals with innovative protection tools.

keywords

Self-employment – Intellectual professions – Abuse of economic dependence.

abstract

L'articolo esamina il divieto di abuso di dipendenza economica del lavoratore autonomo, introdotto dalla legge 22 maggio 2017, n. 81 (c.d. Jobs Act del lavoro autonomo), che offre innovativi strumenti di tutela per i professionisti.

parole chiave

Lavoro autonomo – Professioni intellettuali – Abuso di dipendenza economica.

sommario

1. *Jobs Act* sul lavoro autonomo e condotte abusive. – 2. Il divieto di abuso di dipendenza economica. – 3. Fattispecie normativa e ambito di applicazione. – 4. Sulla condotta abusiva del cliente. – 5. L'impianto rimediabile e gli strumenti di tutela del professionista. – 6. Questioni pratiche e aspetti operativi. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Jobs Act* sul lavoro autonomo e condotte abusive

Dopo un vivace dibattito in sede istituzionale, in data 22 maggio 2017, il Parlamento ha definitivamente approvato la legge n. 81 che contempla, fra l'altro, «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale», che è destinata a trovare applicazione a tutte le categorie di lavoratori autonomi (di cui al titolo III del libro V del codice civile), ivi compresi i professionisti, per i quali – com'è noto – è dettata una disciplina speciale negli artt. 2229 ss. c.c. (art. 1, comma 1)¹.

¹ Nell'ambito di un'ampia letteratura, si vedano RIVA-SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, in *Commentario Scialoja-Branca. Libro V. Del lavoro*, Bologna, 1963; G. GIACOBBE - D. GIACOBBE, *Il*

La legge in questione, già battezzata *Jobs Act* sul lavoro autonomo, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 13 giugno 2017, n. 135 ed entrata in vigore il giorno successivo (ossia il 14 giugno 2017), prevede, tra l'altro, il «divieto di abuso di dipendenza economica», che costituisce un importante strumento di protezione (anche) per i professionisti intellettuali contro le più disparate forme di prevaricazione, invero alquanto diffuse nella pratica, da parte di clienti e committenti che si trovano in una posizione di forza contrattuale.

In particolare, il divieto di abuso di dipendenza economica è inserito nell'ambito dell'art. 3 della legge, rubricato «Clausole e condotte abusive», il quale anzitutto sancisce il carattere abusivo e, quindi, l'inefficacia di alcune clausole che oggettivamente determinano uno squilibrio sostanziale del rapporto contrattuale, e cioè:

- a) le clausole che attribuiscono al committente la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto (c.d. *ius variandi*);
- b) le clausole che, nel contratto avente ad oggetto una prestazione continuativa, riconoscono al committente la facoltà di recedere dallo stesso senza congruo preavviso (cd. recesso *ad nutum*);
- c) le clausole mediante le quali le parti concordano termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del committente della fattura o della richiesta di pagamento.

Previsione, quest'ultima, che va letta in combinazione con l'art. 2 della legge, il quale stabilisce l'applicazione, nei limiti di compatibilità, della disciplina sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali contenuta nel d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (come successivamente modificato e integrato) a tutti i rapporti contrattuali dei lavoratori autonomi², ivi compresi

lavoro autonomo. Contratto d'opera, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1995; PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera, professioni intellettuali*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. XXVII, t. 1, Milano, 1996.

² Si tenga presente che la legge n. 231/2002, con riguardo alle «transazioni commerciali», era già applicabile ai liberi professionisti dal 1° gennaio 2013, secondo quanto previsto dall'art. 2, lett. c), come modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, per cui la legge n. 81/2017 si è limitata ad estendere la disciplina sui termini di pagamento a tutti i lavoratori autonomi.

quelli con le amministrazioni pubbliche³.

Inoltre, il comma 2 dell'art. 3, nell'accordare al lavoratore autonomo anche una tutela di tipo formale, considera abusivo il rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta (volendo evidentemente assicurare certezza e trasparenza sul contenuto del regolamento contrattuale, quanto meno per quanto concerne gli elementi essenziali, che però avrebbero dovuto essere individuati *ex lege*⁴).

Sul piano rimediabile, in presenza delle ipotesi di abuso innanzi indicate, oltre all'inefficacia delle clausole previste dal comma 1 dell'art. 3, il terzo comma del medesimo articolo riconosce al lavoratore autonomo il diritto al risarcimento del danno, con la possibilità di avvalersi anche del tentativo di conciliazione innanzi agli organismi abilitati.

Infine, l'art. 3, con una disposizione di chiusura dall'incisivo impatto sistematico, stabilisce al comma 4 che «ai rapporti contrattuali di cui al presente capo si applica, in quanto compatibile, l'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di abuso di dipendenza economica».

2. Il divieto di abuso di dipendenza economica

Soffermando maggiormente l'attenzione su quest'ultima previsione normativa, occorre anzitutto evidenziare che, secondo un orientamento sempre più

³ In base al d.lgs. n. 231/2002, gli interessi moratori decorrono, senza obbligo della preventiva costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento (art. 4, comma 1). Anche secondo il combinato disposto degli artt. 1224, 1219, comma 2, e 1182 c.c., per le obbligazioni che hanno ad oggetto una somma di denaro, la cui prestazione va eseguita al domicilio del creditore, sono dovuti gli interessi legali, che decorrono dal giorno della scadenza, senza bisogno di costituzione in mora. Diversamente però da questo principio di automatismo sancito dal codice civile, che è inderogabile, la disciplina di derivazione europea contenuta nel d.lgs. n. 231/2002 individua un termine legale di pagamento nei casi in cui gli accordi tra le parti non prevedano un termine contrattuale di scadenza (che può essere superiore, a determinate condizioni, ovvero inferiore). Pertanto, per quanto concerne i pagamenti in favore dei lavoratori autonomi, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 231/2002, gli interessi moratori decorrono dopo trenta giorni: a) dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente; b) dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento, ovvero quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella della prestazione dei servizi; c) dall'accettazione o dalla verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.

⁴ Il contratto dovrebbe contenere almeno i seguenti elementi: descrizione analitica dell'oggetto della prestazione (opera o servizio), decorrenza e durata del rapporto, tempi e modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, corrispettivo concordato, eventuali rimborsi spese e loro quantificazione, tempi e modalità di pagamento, cause di recesso e termini di preavviso.

consolidato della dottrina e della giurisprudenza, il divieto di «abuso di dipendenza economica», sebbene previsto dall'art. 9 della legge n. 192/1998 relativa alla «Disciplina della subfornitura nelle attività produttive»⁵, è espressione di un principio generale, che è applicabile a tutti i rapporti tra imprenditori⁶ e tende ad avere una portata operativa ancora più estesa, fino a ricomprendere ogni tipo di relazione intersoggettiva caratterizzata da una situazione di supremazia economica di una parte rispetto all'altra⁷, la quale viceversa si trova in una posizione di debolezza, che si manifesta soprattutto in termini di squilibrio del potere contrattuale⁸.

⁵ Per approfondimenti, si consulti, fra gli altri, MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, 2003, pp. 466 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Sia consentito, altresì, rinviare a P.P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004.

⁶ Secondo l'orientamento assolutamente prevalente della dottrina, la disposizione normativa di cui all'art. 9 della legge n. 192/98, tenuto conto del suo tenore letterale, è applicabile non solo alla subfornitura di cui all'art. 1 della legge n. 192/98 (ossia quella «di basso profilo», caratterizzata da una condizione di dipendenza progettuale-tecnologica del subfornitore nei confronti del committente), ma anche a tutti i rapporti verticali fra imprese in funzione produttiva o distributiva: si vedano, fra i molti, CASO - PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, pp. 725 ss.; MAZZONI, *Prime riflessioni sull'abuso di dipendenza economica nei contratti agro-industriali*, in *Riv. dir. agr.*, 1999, p. 163; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 131 ss.; DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2153; analogamente, in giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24906; Trib. Torino, ord., 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1471; Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 2248; Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, ibidem, 341; Trib. Trieste, ord., 21 settembre 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 3513; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, 2149; Trib. Catania, ord., 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2629; Trib. Roma, ord., 5 novembre 2003, *ivi*, 2003, I, 3447; Trib. Bari, ord., 6 maggio 2002, *ivi*, 2002, I, 2178 (con note di OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica e di A. PALMIERI, Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*). Incline a riferire la norma a tutta l'area dei contratti fra imprese VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, I, 2000, pp. 38 ss.; analogamente, ROSAPEPE, *Attività d'impresa e dipendenza economica*, Salerno, 2000, p. 21; P.P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, cit., pp. 216 ss. Ritiene invece applicabile l'art. 9 soltanto ai contratti di subfornitura Trib. Bari, ord., 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, 3208 (con nota di PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*).

⁷ Autorevole dottrina parla di «una regola dell'impresa e del mercato, capace di temperare il potere economico con un effetto di moralizzazione e di attuazione del principio costituzionale di solidarietà»: OPPO, *Principi*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2001, sez. I, tomo 1, p. 78.

⁸ Per l'applicazione della norma sull'abuso di dipendenza economica nell'ambito dei gruppi d' imprese legate da vincoli contrattuali, si veda P.P. FERRARO, *L'abuso di dipendenza economica nei rapporti infragruppo*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, pp. 595 ss.; *contra*

D'altra parte, la convinzione che si tratti di una regola che opera in termini generali trova conferma anche da un raffronto comparatistico, in quanto risulta che in altri Paesi, come la Germania e la Francia, dai quali l'istituto è stato ripreso, il divieto di abuso di dipendenza economica ha un ampio ambito applicativo⁹.

Prima di esaminare il contenuto del divieto di abuso di dipendenza economica a tutela del lavoratore autonomo, non si può fare a meno di segnalare che la tecnica normativa adottata non appare del tutto appropriata, per cui forse andrebbe rimeditata, magari senza rinviare *tout court* all'art. 9 della legge n. 192/1998, sia pur nei limiti di compatibilità, ma confezionando appositamente le singole norme destinate al lavoro autonomo, che presenta significative differenze rispetto alle realtà imprenditoriali, anche per evitare delicate questioni interpretative che – a ben vedere – già si prospettano nel ricostruire il regime giuridico applicabile alla fattispecie considerata.

A parte questo rilievo, va senz'altro accolta con favore l'estensione del divieto di abuso di dipendenza economica ai rapporti che riguardano i lavoratori autonomi, e quindi ogni categoria di professionisti, così accordando loro una tutela protettiva particolarmente efficace contro ogni tipo di prevaricazione da parte di contraenti forti che dispongono di un maggiore potere negoziale¹⁰.

3. Fattispecie normativa e ambito di applicazione

Passando ad analizzare il regime giuridico applicabile ai lavoratori autonomi, come ricostruito sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 9 della legge n. 192/1998, si deve ritenere che il precetto sia strutturato in questi termini: è vietato l'abuso da parte di uno o più soggetti (la norma parla d'impresa) dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un lavoratore autonomo, con la precisazione – contenuta nella disposizione di origine – che si considera dipendenza economica la situazione in cui un soggetto sia in grado di determinare, nei rapporti contrattuali con un altro soggetto, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi¹¹. A questo proposi-

to, occorre altresì considerare, sempre in base all'art. 9 della legge n. 192/1998, che la dipendenza economica deve essere valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire (sul mercato) alternative soddisfacenti¹².

Il primo problema che si pone sul piano ricostruttivo è se l'ultimo comma dell'art. 3 della legge n. 81/2017 e, quindi, il divieto di abuso di dipendenza economica, si applichi incondizionatamente a tutti i lavoratori autonomi e ad ogni categoria di professionisti, protetti o meno che siano.

Al riguardo è bene subito chiarire, onde sgomberare il campo da ogni possibile equivoco (invero ingiustificato), che non ogni lavoratore autonomo è di per sé un contraente debole da tutelare, né tanto meno si trova in una condizione di dipendenza economica dal committente; tuttavia, si può tranquillamente affermare che il divieto di abuso dipendenza economica è astrattamente applicabile a ogni categoria di lavoratori autonomi, ivi compresi i liberi professionisti, ma occorre che in concreto il prestatore di lavoro si trovi in una situazione effettiva di dipendenza economica dal cliente, che può essere determinata da diversi fattori e circostanze, così da giustificare uno speciale regime protettivo.

In tal senso, sembra orientata anche l'Unione europea che, sin dal «Libro verde sulla Modernizzazione del diritto del lavoro» del 22 novembre 2006, ha invitato gli Stati membri a prestare maggiore attenzione al lavoro autonomo «economicamente dipendente».

In questa prospettiva, per delimitare il campo operativo della norma, sebbene sia potenzialmente riferibile ad ogni tipologia di lavoro autonomo, stante la formulazione dell'art. 3, dal combinato disposto con l'art. 9 della legge n. 192/1998 si ricava che tale disciplina protettiva non si applica sempre e in ogni caso al lavoratore autonomo, ma solo allorché in concreto si trovi in una condizione di dipendenza economica dal cliente.

Vi sono, infatti, ipotesi ricorrenti in cui il prestatore di lavoro autonomo, specie se appartenente a determinati ordini professionali, non può essere certo definito contraente debole, ma dispone viceversa di un elevato potere negoziale (come, ad esempio, qualora sia altamente specializzato); così come vi sono categorie di professionisti, per così dire, forti o comunque più forti di altre (basti pensare ai notai).

medesima conclusione perviene anche BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pp. 320 ss.

¹² Dall'analisi esegetica dell'art. 9 della legge n. 192/98, emerge chiaramente il collegamento tra disciplina del mercato e strumenti incidenti sull'autonomia negoziale delle parti volti ad assicurare l'equilibrio economico e giuridico dei rapporti contrattuali: in questa prospettiva, si veda, ad esempio, COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, pp. 5 ss.

ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 568 ss.; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, pp. 521 ss.

⁹ Cfr. § 20 Abs. II Satz 1 del *GWB*; art. 8, n. 2, dell'*Ordonnance* n. 86-1243.

¹⁰ In una visione sistematica, si vedano le considerazioni di PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, pp. 109 ss.

¹¹ DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 451, evidenziando che la fattispecie in esame riguarda comportamenti economici, la inquadra nell'ambito dell'"abuso di potere". Invece, MAZZONI, *Prime riflessioni sull'abuso di dipendenza economica nei contratti agro-industriali*, cit., p. 170, qualifica l'abuso di dipendenza economica come abuso del diritto; alla

Occorre, allora, guardare caso per caso, tenuto conto che la situazione di dipendenza economica si tende a configurare in presenza di rapporti di natura continuativa e coordinata, orientativamente di lunga durata, ed è accentuata qualora la prestazione lavorativa sia “dedicata” ad uno o pochi clienti o comunque sia conformata alle loro specifiche esigenze, anche sostenendo spese e investimenti difficilmente riconvertibili, in caso di cessazione del rapporto, per utilizzazioni alternative.

Una situazione di soggezione economica è, poi, maggiormente configurabile quando il rapporto contrattuale del lavoratore autonomo, ancorché professionista intellettuale, intercorre con committenti o clienti per definizione forti, come le banche, le assicurazioni e le grandi imprese.

Nei medesimi termini, è piuttosto frequente che ricorra una situazione di dipendenza economica nei rapporti lavorativi con la committenza pubblica, si pensi allo Stato e alle autonomie locali, agli altri enti pubblici e, in generale, alle pubbliche amministrazioni (ad esempio tribunali, agenzie delle entrate), sebbene tali rapporti non siano espressamente considerati dalla disciplina protettiva in questione.

Rientrano, pertanto, nell'area protetta senz'altro i casi di mono-committenza, nei quali l'attività lavorativa è prestata nei confronti di un solo cliente, così come vi possono rientrare le ipotesi in cui il prestatore di lavoro opera con un ristretto numero di committenti, tanto più se conforma la propria organizzazione lavorativa, anche in termini di specializzazione, alle esigenze specifiche della clientela¹³.

¹³ Da un'indagine comparatistica emerge che la dipendenza economica del lavoratore autonomo tende ad essere individuata sia attraverso un criterio temporale (ossia tenendo presente la durata del rapporto), sia considerando il compenso percepito. L'ordinamento tedesco, secondo cui il lavoratore autonomo si trova in una condizione di dipendenza economica quando il lavoro è «svolto prevalentemente per una persona» (par. 12 a *TVG*), privilegia il criterio della remunerazione, riconoscendo che è lavoratore economicamente dipendente chi ricava, in media, almeno la metà del proprio reddito complessivamente da un unico contraente; analogamente, per alcune particolari figure di lavoratori (artisti, scrittori e giornalisti) rileva che dipendono per 1/3 del loro guadagno totale da un solo soggetto. In Germania, quindi, il bisogno di protezione è legato al fatto che il lavoratore trae dal proprio lavoro la fonte fondamentale del suo mantenimento, ossia che il lavoro prestato prevalentemente per l'unico committente costituisca la sua “base dell'esistenza” (*Existenzgrundlage*). Anche in Francia assume rilievo preminente, al fine di misurare il grado di dipendenza economica, la quantità di reddito percepito in base al contratto. In mancanza di soglie stabilite dalla legge, la valutazione del numero di affari realizzato è rimessa al giudice. La situazione di dipendenza economica viene così ravvisata qualora ricorrano le condizioni di esclusività o quasi esclusività di cui all'art. L 781-1-2 del *Code du travail*, il quale prende in considerazione il rapporto del prestatore-gerente con «une seule entreprise industrielle ou commerciale» che impone condizioni e prezzo di vendita. La Spagna ha mostrato particolare sensibilità alla tutela del lavoro autonomo economicamente dipendente con la legge 11 luglio 2007, n. 20 (c.d. Statuto del lavoro autonomo), integrata e

Ciò consente di fare riferimento a quei rapporti contrattuali degli appartenenti ad alcune categorie di professionisti intellettuali, come i commercialisti e gli avvocati, con “clienti forti”, quali banche, assicurazioni, grandi imprese, il cui rapporto costituisce per il lavoratore autonomo l'unica o la principale fonte di reddito.

È evidente che in questi casi, l'interruzione, specie se improvvisa, del rapporto di lavoro può avere conseguenze negative estremamente gravi per il lavoratore autonomo, al punto che la minaccia, ma anche il solo timore, di una cessazione del rapporto, lo spinge ad accettare condizioni contrattuali abusive e vessatorie, pur di non perdere il cliente.

4. Sulla condotta abusiva del cliente

Chiarito (ove mai ce ne fosse bisogno) che l'ordinamento non vieta la dipendenza economica, ma solo l'abuso di tale situazione da parte di chi si trova in una posizione di forza, va evidenziato che l'art. 9 della legge n. 192/1998 individua alcune ipotesi, maggiormente ricorrenti nella prassi, che costituiscono forme tipiche di abuso di dipendenza economica.

In particolare, il 2° comma dell'art. 9 precisa, in via esemplificativa, che l'abuso può anche consistere nel rifiuto di contrarre, nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nell'interruzione arbitraria delle relazioni contrattuali in atto. Queste ultime due ipotesi sono quelle che possono interessare maggiormente il contratto d'opera.

L'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, riguarda anzitutto la determinazione del compenso in maniera non adeguata alla quantità e qualità della prestazione lavorativa effettuata dal lavoratore autonomo.

Il problema è particolarmente avvertito per alcune categorie di professionisti, a cominciare da avvocati e commercialisti (come denunciato frequentemente dai rispettivi Consigli degli Ordini), per i quali è possibile fare riferimento ad appositi parametri predeterminati per legge, che tuttavia spesso i clienti pretendono di non considerare.

Su questo profilo, l'introduzione del divieto di abuso di dipendenza economica apre uno spiraglio importante al riconoscimento del diritto del lavoratore autonomo ad un «equo compenso», tenuto conto della rilevanza costituzionale della retribuzione.

Invero, qui entra in gioco l'art. 36 della Costituzione, il quale sancisce in termini generali che «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza

modificata dalla legge 10 ottobre 2011, n. 36, sebbene configuri la fattispecie rilevante in modo rigido sulla base di requisiti predeterminati per legge richiesti per la stipula del relativo contratto.

libera e dignitosa»¹⁴.

Inoltre, anche l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato «Condizioni di lavoro eque e giuste», afferma che ogni lavoratore, senza distinguere tra quello subordinato e quello autonomo, ha diritto a condizioni di lavoro dignitose.

In questa prospettiva, sono senz'altro vessatorie le clausole che stabiliscono compensi ingiustamente bassi e non commisurati al lavoro svolto, ma lo sono anche quelle che impongono al lavoratore autonomo di anticipare le spese o ne escludono il rimborso oppure prevedono addirittura la gratuità di alcune attività, così come sono abusive le pattuizioni che riconoscono al committente la facoltà di recedere dal contratto senza preavviso (peraltro, comunque inefficaci ai sensi dell'art. 2 della legge n. 81/2017).

Per quanto concerne, invece, l'interruzione arbitraria dei rapporti contrattuali in corso, la condotta abusiva riguarda essenzialmente la loro cessazione per iniziativa del cliente in mancanza di giusta causa o valida motivazione e senza concedere un congruo preavviso¹⁵. In questo caso, il prestatore di lavoro è esposto al rischio di restare improvvisamente privo di fonte di reddito, esclusiva o principale.

5. L'impianto rimediabile e gli strumenti di tutela del professionista

Con riguardo al regime sanzionatorio, il 3° comma dell'art. 9 della legge n. 192/1998, dispone che «il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni».

Inoltre, la condotta abusiva può anche avere un'incidenza sul corretto funzionamento del mercato, per cui il comma 3-bis dell'art. 9 prevede che «ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi e a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alla diffida e sanzioni previste dall'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso

¹⁴ Si tenga presente, tuttavia, che la giurisprudenza di legittimità, in controtendenza rispetto ad una maggiore sensibilità che sta maturando sul piano nazionale e comunitario in merito alla tutela del lavoro in quanto tale in tutte le sue forme, continua ad escludere la possibilità di applicare l'art. 36 Cost. ai lavoratori autonomi: si vedano, da ultimo, Cass., 28 giugno 2017, n. 16213; Cass., 25 gennaio 2017, n. 1900.

¹⁵ In coerenza con quanto disposto dall'art. 2227 c.c. per il contratto d'opera, in caso di recesso ingiustificato, il committente è tenuto a corrispondere un'indennità che comprenda il corrispettivo per l'attività svolta, le spese ed il mancato guadagno.

detto abuso»¹⁶.

Attraverso la tecnica del rinvio, quindi, l'ordinamento mette a disposizione del lavoratore autonomo sia una tutela demolitoria, con la nullità della clausola mediante la quale si realizza l'abuso, sia una tutela risarcitoria (che evidentemente è l'unico rimedio quando l'abuso non viene realizzato mediante il contratto), nonché una tutela inibitoria, oltre all'eventuale applicazione delle sanzioni previste dalla legge *antitrust*.

Sotto il primo profilo, ossia la nullità delle clausole attraverso le quali si realizza l'abuso, a parte il problema di coordinamento con quanto stabilito dall'art. 3 della legge n. 81/2017, che prevede l'inefficacia di alcune clausole abusive, è evidente che quella configurata dall'art. 9 della legge n. 192/1998 è una «nullità di protezione»¹⁷, che in quanto tale è una nullità relativa, nel senso che può essere fatta valere soltanto dalla parte che abbia subito l'abuso, ed è una nullità parziale, che di per sé non inficia l'intero regolamento contrattuale (altrimenti sarebbe controproducente per il prestatore di lavoro che la norma intende tutelare), rispetto alla quale, peraltro, opera tendenzialmente il meccanismo di sostituzione automatica da parte del giudice della clausola nulla con quanto stabilito dalla legge (in base al combinato disposto degli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c.)¹⁸.

Ciò rileva, soprattutto, per quanto concerne la delicata questione inerente la determinazione del corrispettivo dovuto, rispetto alla quale si deve ritenere che al lavoratore autonomo, che si trova in una condizione di dipendenza economica verso il committente, debba essere comunque assicurato un «equo compenso», che è stabilito dal giudice facendo riferimento *in primis* alle tariffe professionali, se esistenti, poi agli usi e, in subordine, secondo equità.

La previsione normativa pone, così, le basi per affrontare in maniera più coerente la tormentata questione del diritto del professionista intellettuale ad un compenso adeguato, specie se si tratti di «professioni protette» o ordinistiche, con la possibilità di applica-

¹⁶ L'art. 10, comma 2, della legge 11 novembre 2011, n. 180, ha inserito nel comma 3-bis dell'art. 9 della legge n. 192/98 il seguente ultimo periodo: «In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica». In applicazione di tale disposizione c'è stato il primo intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per sanzionare ai sensi dell'art. 9 della legge n. 192/1998 la condotta abusiva di un'impresa (Hera S.p.A.) per la violazione reiterata della disciplina sui termini di pagamento (AGCM, 23 novembre 2013, in www.osservatorioantitrust.eu/it).

¹⁷ Si vedano, fra i numerosi contributi, PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, nonché, più di recente, POLIDORI, *Disciplina della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.

¹⁸ Cfr. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 354; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, cit., pp. 181 ss.; nonché DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009.

re parametri di riferimento istituiti per legge¹⁹.

A questo proposito, infatti, sembra incontestabile che, per quanto sia stata abolita l'obbligatorietà delle tariffe fisse e dei minimi tariffari²⁰, reputati incompatibili con i principi dell'Unione europea²¹, considerando la rilevanza costituzionale della retribuzione (art. 36 Cost.), il professionista, così come ogni lavoratore, ha diritto ad un «equo compenso»²²: pertanto, in conseguenza della nullità della clausola abusiva o vessatoria (in forza del combinato disposto degli artt. 3, comma 4, della legge n. 81/2017 e 9 della legge n. 192/1998), il giudice dovrà stabilire il compenso dovuto al professionista in relazione alla qualità e quantità della sua prestazione, facendo riferimento anzitutto alle tariffe professionali vigenti e, in mancanza, agli usi, e, in via ulteriormente gradata, determinandolo secondo equità; quindi, per avvocati e commercialisti occorre tenere presente i parametri previsti dal d.m. n. 140 del 20 luglio 2012 («Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27»)²³.

¹⁹ Mostra una certa sensibilità rispetto all'esigenza di tutela dei professionisti intellettuali Cass., 27 settembre 2010, n. 20269.

²⁰ Cfr. d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modifiche, nella legge 4 agosto 2006, n. 248, e d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modifiche, nella legge 24 marzo 2012, n. 27. La scelta del legislatore italiano, con particolare riferimento agli avvocati, è condivisa da BERLINGUER, *Sulla vexata quaestio delle tariffe professionali forensi*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2011, pp. 65 ss., specie in relazione ai principi dell'Unione europea relativi alla tutela della concorrenza e della libera circolazione dei professionisti; si veda anche F. FERRARO, *L'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza alla professione di avvocato*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2002, pp. 1587 ss.

²¹ In realtà, esaminando la giurisprudenza comunitaria, sembra che la questione relativa alla legittimità delle tariffe inderogabili non sia ancora definitivamente risolta, in quanto si riscontrano soluzioni, almeno in parte, difformi: cfr., in senso favorevole, Corte giust., 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino, Racc. I-1529*; Corte giust., 29 marzo 2011, C-565/08, *Commissione c. Italia*; Corte giust., 8 dicembre 2016, cause riunite C-532/15 e C-538/15; invece, tendenzialmente contraria, ma con alcune indicazioni a favore, Corte giust., 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla ed altri, Racc. I-11421*. Sul piano nazionale, in applicazione dei principi affermati dalla Corte di giustizia, la Cassazione si è pronunciata in favore della legittimità delle tariffe: così Cass., 15 dicembre 2011, n. 27090.

²² Mentre l'operatività delle tariffe è automatica, il compenso equo deve essere determinato dal giudice di volta in volta in relazione al caso concreto, tenuto conto degli elementi di prova acquisiti in giudizio.

²³ Per gli avvocati opera il d.m. 10 marzo 2014, n. 55 («Determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense ai sensi dell'art. 13 comma 6 della legge 31 dicembre 2012 n. 247»); per i consulenti del lavoro è previsto il d.m. 21 febbraio 2013, n. 46 («Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, dei compensi spettanti agli iscritti all'albo dei

La questione è stata affrontata di recente dal Consiglio dell'ordine degli avvocati, il quale ha spinto il Ministro della Giustizia a presentare un disegno di legge sull'equo compenso degli avvocati²⁴ (che, invece, è già stato previsto per i giornalisti dalla legge del 31

consulenti del lavoro»).

²⁴ In particolare, il disegno di legge in materia di equo compenso e clausole vessatorie nel settore delle prestazioni legali, approvato il 7 agosto 2017 dal Consiglio dei Ministri e trasmesso alla Camera dei deputati, dopo avere chiarito all'art. 1, comma 1, che la disciplina ivi contenuta è volta a tutelare l'equità del compenso degli avvocati iscritti all'albo nei rapporti contrattuali con soggetti diversi dai consumatori o dagli utenti di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del Consumo), stabilisce al comma 2 del medesimo articolo che «per equo compenso si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto, alle caratteristiche della prestazione legale, anche tenuto conto dei compensi previsti dal decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247». L'art. 2 del disegno di legge in questione, rubricato «Clausole vessatorie nel settore delle prestazioni legali», da un lato, statuisce al comma 1 che si considerano vessatorie le clausole che all'interno di una convenzione stipulata tra un avvocato e uno dei soggetti diversi da quelli tutelati dal Codice del Consumo determinano un eccessivo squilibrio contrattuale tra le parti in favore del committente prevedendo un compenso non equo, dall'altro, al comma 2 individua in via esemplificativa alcune clausole che comportano un compenso non equo e si presumono vessatorie fino a prova contraria [si tratta, in particolare, delle clausole che contengono: a) la riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto; b) l'attribuzione al cliente della facoltà di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto; c) l'attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che l'avvocato deve prestare a titolo esclusivamente gratuito; d) l'anticipazione delle spese della controversia a carico dell'avvocato; e) la previsione di clausole che impongono all'avvocato la rinuncia al rimborso delle spese; f) la previsione di termini di pagamento superiori ai sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente; g) la previsione secondo cui, in ipotesi di liquidazione delle spese di lite, in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto in convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state in tutto o in parte corrisposte o recuperate dalla parte; h) la previsione che, in ipotesi di nuova convenzione sostitutiva di altra precedentemente stipulata con il medesimo cliente, la nuova disciplina sui compensi si applichi, se comporta compensi inferiori a quelli previsti nella precedente convenzione, anche agli incarichi pendenti o, comunque, non ancora definiti o fatturati. Dopo aver sancito al comma 3 dell'art. 2 la nullità di ogni clausola o patto vessatorio di cui ai commi precedenti che preveda un compenso non equo, precisa nell'art. 3 che si tratta, per un verso, di una nullità relativa a vantaggio dell'avvocato, rilevabile d'ufficio dal giudice, per altro verso, di una nullità parziale, che non inficia la restante parte del contratto. Inoltre, l'art. 4 della bozza di legge, relativo alla «Determinazione giudiziale dell'equo compenso», dispone che «Ai fini della determinazione dell'equo compenso, il giudice, accertata la nullità della clausola o patto vessatorio che preveda un compenso non equo, tiene conto dei compensi previsti dal decreto del Ministro della giustizia adattato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, oltre che della quantità e della qualità del lavoro svolto, del contenuto e delle caratteristiche della prestazione legale prestata in concreto».

dicembre 2012, n. 233²⁵).

Inoltre, in sede istituzionale è stata anche presentata una proposta di legge per modificare l'art. 2233 c.c. in materia di compensi relativamente alle professioni intellettuali, al fine così di garantire il giusto compenso in termini generali a tutti i professionisti intellettuali²⁶.

A parte il rimedio di tipo demolitorio-sostitutivo che opera sul contratto, in ogni caso, il prestatore di lavoro ha diritto di agire in giudizio per conseguire il risarcimento del danno eventualmente subito nei confronti di chi abbia abusato della sua condizione di dipendenza economica.

A ciò si aggiunga l'importanza della possibilità di ricorrere alla tutela inibitoria, con la quale il giudice potrà ordinare la cessazione di un contegno, imporre un fare o un non fare, valutare una serie di comportamenti illeciti nella fase di predisposizione del contenuto negoziale o inibire il prodursi degli effetti in alternativa o in concorso con le azioni esperibili contro l'atto e il rapporto contrattuale.

Peraltro, non sarebbe da escludere – ma la questione andrebbe attentamente ponderata – che in alcuni casi i comportamenti abusivi ai danni dei professionisti, allorché abbiano un effetto negativo sul corretto funzionamento del mercato di riferimento, possano rilevare sul piano della disciplina *antitrust*, come ad esempio nell'ipotesi in cui una pluralità di committenti appartenenti ad una determinata categoria, come le banche o le compagnie di assicurazione, impongono congiuntamente corrispettivi bassissimi allineati

²⁵ L'art. 1, comma 2, della legge n. 233/2012, stabilisce che «Ai fini della presente legge, per equo compenso si intende la corresponsione di una remunerazione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, tenendo conto della natura, del contenuto e delle caratteristiche della prestazione, nonché della coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria in favore dei giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato». Al riguardo la legge ha istituito un'apposita Commissione per la valutazione dell'equo compenso nel lavoro giornalistico (art. 2). L'art. 3, comma 2, statuisce che «Il patto contenente condizioni contrattuali in violazione dell'equo compenso è nullo».

²⁶ Si veda la proposta di legge n. 3854 presentata alla Camera dei deputati in data 24 maggio 2016, che mira ad aggiungere all'art. 2233 c.c. – il quale già prevede al comma 2 il principio secondo cui «la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione» – un ultimo comma del seguente tenore: «È nullo qualsiasi patto nel quale il compenso sia manifestamente sproporzionato all'opera prestata ai sensi del comma 2. Si presume manifestamente sproporzionata la pattuizione di un compenso inferiore rispetto ai parametri applicabili alle professioni regolamentate nel sistema ordinistico, definiti ai sensi di decreti ministeriali ovvero ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, per la determinazione del compenso del professionista nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale. È altresì nulla qualsiasi pattuizione che vieti al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione o che imponga l'anticipazione di spese per conto del cliente. La nullità non opera nei rapporti professionali disciplinati dal codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206».

per le prestazioni professionali ricevute²⁷. Vale a dire che potrebbero configurarsi delle intese restrittive della concorrenza vietate dagli artt. 101 TFUE e 2 della legge n. 287/90 qualora si riuscisse a dimostrare, quanto meno, una forma di coordinamento o consapevole collaborazione tra i committenti finalizzato all'allineamento delle tariffe o di altre condizioni contrattuali imposte ai professionisti. Al contempo, se in posizione di dominanza sul mercato rilevante, i committenti potrebbero realizzare comportamenti abusivi vietati dagli artt. 102 TFUE e 3 della legge n. 287/90: segnatamente si potrebbe trattare di abusi di sfruttamento laddove si riuscisse a dimostrare lo sfruttamento del loro potere di mercato per applicare tariffe eccessivamente basse o condizioni ingiustificatamente gravose.

6. Questioni pratiche e aspetti operativi

Sul piano pratico, uno degli aspetti più delicati da affrontare è quello di dare concreta attuazione al sistema di *enforcement* messo a disposizione dei professionisti dalla legge n. 81/2017. Al riguardo, con particolare riferimento alla previsione del divieto di abuso di dipendenza economica, tenuto conto che difficilmente i professionisti sono disposti ad agire in giudizio in costanza di rapporto per il timore di perdere il cliente²⁸, si ritiene, salvo ulteriori approfondimenti, che affinché gli strumenti di tutela previsti dal *Jobs Act* sul lavoro autonomo trovino effettiva e diffusa applicazione, i Consigli degli Ordini debbano, oltre a informare e sensibilizzare gli iscritti rispetto alla nuova disciplina, assumere sin da ora specifiche iniziative concrete nel loro interesse²⁹, procedendo in tre direzioni.

Anzitutto, con riguardo ai singoli rapporti contrattuali tra committente e professionista caratterizzati da clausole abusive e vessatorie o comunque tali da integrare un abuso di dipendenza economica, è opportuno fare pressione in sede istituzionale affinché sia espressamente riconosciuta *ex lege* anche ai Con-

²⁷ Sull'interferenza fra la disciplina dei contratti ed il diritto *antitrust*, si vedano, fra gli altri, LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, pp. 433 ss.; GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, pp. 67 ss.

²⁸ È più realistico che il professionista si attivi in via giudiziale per tutelare le sue ragioni soltanto quando il rapporto contrattuale sia giunto al termine, limitando così le sue eventuali pretese al risarcimento del danno e all'indennità di mancato preavviso.

²⁹ Tenuto conto che il diritto dell'Unione europea considera impresa ogni attività economica, ivi inclusa quella dei liberi professionisti, per cui, correlativamente, gli Ordini professionali sono configurati come associazioni d'impresa, occorre evitare che questi ultimi assumano iniziative nell'interesse collettivo restrittive della concorrenza in violazione della disciplina *antitrust* nazionale e comunitaria, come possono essere anche semplici raccomandazioni che tendono ad uniformare i comportamenti sul mercato degli appartenenti alla categoria (cfr. Corte giust., 8 novembre 1983, cause riunite 96-102, 104, 105, 108 e 110/82, *IAZ*, *Racc.*, 3369; Corte giust., 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Veerband der Sachversicherer*, *Racc.*, 405).

sigli degli Ordini e agli altri organismi rappresentativi delle categorie professionali la legittimazione attiva ad intraprendere ogni azione legale ai sensi dell'art. 9 della legge n. 192/1998, specie di natura inibitoria e cautelare, nei confronti del committente per tutelare non solo il professionista contraente ma anche l'intera categoria professionale³⁰ (con una soluzione analoga a quella contemplata in altri settori, come ad esempio in materia di concorrenza sleale dall'art. 2601 c.c.³¹).

Nel frattempo, in base alle informazioni ricevute dagli iscritti, è opportuno che i Consigli degli Ordini offrano loro un supporto nelle controversie, eventualmente intervenendo in giudizio *ad adiuvandum*, per contrastare condotte che integrano un abuso di dipendenza economica nei confronti dei professionisti, richiedendo la nullità delle clausole abusive e i rimedi inibitori e cautelari necessari per far cessare ogni condotta illecita³².

³⁰ A questo proposito, occorre tenere presente che la giurisprudenza amministrativa tende a riconoscere in termini restrittivi la legittimazione processuale attiva dei Consigli degli Ordini professionali. In particolare, Cons. Stato, 23 gennaio 2002, n. 391, ha statuito che «Gli Ordini professionali sono legittimati a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale, non solo quando si tratti della violazione di norme poste a tutela della professione stessa, ma anche ogniqualvolta si tratti di perseguire comunque il perseguimento di vantaggi, sia pure di carattere puramente strumentale, giuridicamente riferibili alla sfera della categoria. L'unico limite deriva dal divieto di occuparsi di questioni concernenti i singoli iscritti e di quelle relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà dell'ordine professionale, come ad esempio, in tema di impugnativa di provvedimenti concernenti i requisiti richiesti dalla pubblica amministrazione per l'accesso all'impiego» (cfr. Cons. Stato, 7 marzo 2001, n. 1339; Cons. Stato, 23 maggio 1997, n. 527; Cons. Stato, 3 giugno 1996, n. 624; si veda, anche T.a.r. Lazio, 8 gennaio 2015, n. 186, secondo cui gli Ordini professionali possono agire a tutela del solo "interesse istituzionalizzato", cioè dell'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata, mentre deve escludersi la possibilità di agire a tutela dell'interesse soltanto di singoli associati o loro sottogruppi, e dunque in conflitto di interessi – anche soltanto potenziale – con gli altri associati (analogamente, T.a.r. Valle d'Aosta, 15 maggio 2015, n. 37).

³¹ Si veda anche quanto previsto dall'art. 4 della legge n. 180/2011 (c.d. Statuto delle imprese); nonché dall'art. 139 del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo).

³² Si deve ritenere che la nuova disciplina, per quanto trovi applicazione ai rapporti contrattuali in corso, non opera retroattivamente, ma solo *ex nunc*, o meglio per il futuro, ossia rispetto ad obbligazioni non ancora sorte alla data di entrata in vigore della legge in questione (14 giugno 2017), per cui non consente di richiedere in via giudiziale l'integrazione del corrispettivo pagato per prestazioni già eseguite in base alla clausola vessatoria invalida. A questo proposito, è opinione diffusa che, con riguardo all'applicazione di una nuova legge ai contratti già stipulati prima della sua entrata in vigore, occorra distinguere tra quelle disposizioni che si riferiscono al contratto quale "fatto costitutivo" del rapporto (come la norma relativa ai requisiti di forma), che devono ritenersi inapplicabili (si veda Cass., 17 novembre 1994, n. 9724, con specifico riferimento a nuovi requisiti di forma del contratto richiesti *ad substantiam* da una legge successiva), e quelle disposizioni che, invece, si riferiscono alla regolamentazione

Rispetto poi a grandi operatori economici, come banche e assicurazioni, che nelle convenzioni con i professionisti impongono condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose e discriminatorie, tali da integrare un abuso di dipendenza economica che possa alterare la libera concorrenza sul mercato dei servizi professionali – ad esempio nell'ipotesi in cui impongano congiuntamente corrispettivi bassissimi allineati per le prestazioni dei professionisti – occorre segnalare la condotta abusiva all'Autorità *antitrust* secondo quanto previsto dall'art. 9 della legge n. 192/1998 e, in caso di abuso di posizione dominante, anche ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990.

7. Considerazioni conclusive

Ad una prima valutazione, l'iniziativa del legislatore è nel complesso senz'altro apprezzabile, in quanto affronta per la prima volta in maniera organica il problema delle tutele di un'area del mondo del lavoro che finora è stata per lo più abbandonata a spregiudicate logiche di mercato, senza un'efficace regolamentazione, a differenza di altri settori per i quali si è sviluppata una disciplina a favore dei contraenti deboli (si pensi anzitutto allo statuto normativo dei lavoratori dipendenti, ma anche alla disciplina di protezione dei consumatori). Tuttavia, alcune soluzioni prospettate dal legislatore per la tutela dei lavoratori autonomi suscitano qualche perplessità e andrebbero probabilmente riconsiderate o quanto meno migliorate.

In tal senso, resta scoperto il delicato problema dell'applicabilità della norma sull'abuso di dipendenza economica ai rapporti di lavoro autonomo (specie dei professionisti intellettuali) con le pubbliche amministrazioni, per i quali è maggiormente avvertita l'esigenza di garantire forme di protezione rispetto a pratiche abusive ricorrenti, soprattutto per quanto concerne l'adeguata determinazione del compenso dovuto e i cronici ritardi nei pagamenti. Mentre quest'ultimo profilo è stato espressamente affrontato con l'art. 2 della legge in questione, che stabilisce l'applicazione ai rapporti con le amministrazioni pubbliche della disciplina sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, più problematico è contrastare altre forme di abuso e prevaricazione da parte del committente pubblico. Si tratta di un problema particolarmente sentito dalle categorie degli avvocati e dei commercialisti, in relazione ai rapporti con gli enti pubblici, anche territoriali, così come con i tribunali e altre autorità giudiziarie. A questo proposito, pertanto, nonostante la volontà contraria finora manifestata dal legislatore, sarebbe quanto mai opportuno prevedere espressamente l'applicazione dell'art. 3 ai rapporti con le pubbliche

del rapporto, cioè alle "conseguenze" del contratto inteso come "fatto generatore" (ad esempio, la norma sui termini di pagamento), le quali, se di natura imperativa, devono ritenersi applicabili alle obbligazioni non ancora sorte al momento dell'entrata in vigore della legge (cfr. Corte Cost. 17 giugno 1997, n. 204).

amministrazioni e, così, estendere anche a tali rapporti la normativa che sancisce il divieto di abuso di dipendenza economica.

In conclusione la recente legge relativa al *Jobs Act* per il lavoro autonomo, sebbene possa essere perfezionata e richieda ancora alcune integrazioni, pone le basi normative per configurare una sorta di “statuto dei lavoratori autonomi” e rappresenta un’importante passo in avanti per la tutela dei professionisti intellettuali e, in particolare, di commercialisti e avvocati, nella misura in cui assicura il riequilibrio dei rapporti fra operatori economici e consente di fronteggiare illegittime situazioni di prevaricazione. In questa prospettiva, una novità piuttosto significativa sul piano operativo è costituita dalla previsione di estendere il rito del lavoro a tutte le controversie relative a rapporti di lavoro autonomo (art. 15, comma 1, lett. a), della legge n. 81/2017).

Leone Melillo

Professore aggregato di Storia delle dottrine politiche nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Dallo "scisma sommerso" all'era di Papa Francesco

abstract

"The submerged schism" by Pietro Prini appears as a new research perspective that seems to overwhelm the distinction between "Catholic bioethics and lay bioethics" and, so, the existence of "two ethical models or paradigms". From the "upgrading", through the "open society", it is achieved to the "overcoming" of the "closed society" and to "the era of Pope Francis" on which the reflection doesn't seem to be focused yet.

keywords

Submerged schism – Bioethics – Updating – Closed society – Open society – Pope Francis.

abstract

"Lo scisma sommerso" di Pietro Prini appare come una nuova prospettiva di ricerca che sembra travolgere la distinzione tra "bioetica cattolica e bioetica laica" e, quindi, l'esistenza di "due modelli o paradigmi etici". Dall' "aggiornamento", attraverso la "società aperta", si perviene al "superamento" della "società chiusa" ed all' "era di Papa Francesco", su cui la riflessione non sembra si sia ancora attardata, adeguatamente.

parole chiave

Scisma sommerso – Bioetica – Aggiornamento – Società chiusa – Società aperta – Papa Francesco.

sommario

Premessa. – 1. Dall' "aggiornamento" alla "società aperta". – 2. Prospettive di una riflessione. – 3. Il superamento della "dicotomia bioetica" nell'era di Papa Francesco. – 4. Conclusione.

Premessa

La riedizione del volume "Lo scisma sommerso", di Pietro Prini¹, suscita ancora oggi un acceso dibattito. Lo evidenziano già le riflessioni di Enzo Bianchi che, con l'incipit, "Uno scisma sempre meno sommerso", evidenzia la stessa attualità del testo, condivisa dalla postfazione di Giannino Piana. Un volume che era già

arricchito, nella precedente edizione, dall'"appendice" che trascrive la «discussione aperta sulla stampa»².

Un dibattito che oggi investe anche l'"obbedienza religiosa", il "bisogno di libertà"³, i "principi non negoziabili della Chiesa"⁴, ma anche l'"opera riformatrice di papa Francesco"⁵, la "Chiesa in uscita proposta da papa Francesco"⁶, il "riformismo conciliare"⁷, il "Concilio Vaticano II e Papa Francesco"⁸.

Una valutazione che si sofferma sull'«etica in discussione» e su una «proposta di cambiamento», che non si limita a «denunciare le incongruenze proprie degli interessi del magistero», perché vuole «offrire in positivo una proposta che, senza indugiare allo "spirito del tempo", si impegni a rileggere le categorie della teologia cattolica alla luce della coscienza contemporanea»⁹ e, quindi, a «superare, nell'ambito della bioetica, il personalismo sostanziale proprio della morale cattolica»¹⁰.

Una nuova prospettiva di ricerca che sembra travolgere la distinzione tra «bioetica cattolica e bioetica

² PRINI, *Lo scisma sommerso. Il messaggio cristiano, la società moderna e la Chiesa*, Milano, 2002¹.

³ ZANNOTTI, *I cattolici tra obbedienza religiosa e bisogno di libertà. Qualche breve considerazione su un tema sempre attuale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 28/2012, pp. 1-12.

⁴ ZANNOTTI, *Sui principi non negoziabili della Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 30/2012, pp. 1-6.

⁵ ZANOTTI, *A proposito di un diritto canonico periferico: ovvero il rischio della perifericità del diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2/2017, p. 9.

⁶ CONSORTI, *La periferia è il centro*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 7/2017, p. 2.

⁷ ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Heri dicebamus. Cause remote (e recenti) di un dialogo difficile sulle prospettive metodologiche di una canonistica non più subalterna al centralismo della Curia Romana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 10/2017, p. 8.

⁸ MANTINEO, *Il ritorno al Concilio Vaticano II e l'"aggiornamento" del diritto ecclesiale nel tempo di Papa Francesco*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 27/17, pp. 1-48.

⁹ PIANA, *Postfazione*, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 129 s.

¹⁰ PIANA, *Postfazione*, in P. PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 131.

¹ PRINI, *Lo scisma sommerso. Il messaggio cristiano, la società moderna e la Chiesa*, con testi di Bianchi e Piana, Novara, 2016², pp. 133. L'esposizione si avvarrà di questa edizione e di quella precedente, pubblicata nell'anno 2002.

laica» e, quindi, l'esistenza di «due modelli o paradigmi etici»¹¹, soffermandosi sulla «bioetica nelle strategie del nuovo pontificato», «nell'era di Bergoglio»¹².

La «Chiesa che trova molte testimonianze e alcune ispirazioni in Papa Francesco sempre di più viene sentita come una novità offensiva rispetto alla religione praticata e vissuta» dalla «Chiesa del nostro Paese» dove la «diversità» diviene «una vera e propria opposizione»¹³.

1. Dall' "aggiornamento" alla "società aperta"

Pietro Prini prospetta l'esistenza nella Chiesa cattolica di un «un distacco, semplicemente nascosto o sommerso, di molti fedeli dalla soggezione agli insegnamenti della gerarchia ecclesiastica della quale non si accettano più posizioni dottrinali o pratiche pastorali che si ritengono fuori dal tempo e dallo spazio della scienza; o, con espressione più precisa, inadeguate ad accogliere significati e valori [... per] una presa di coscienza più autentica dei principi cristiani».¹⁴

Tutto sembra risiedere, secondo Prini, nell'«aggiornamento» – su cui si sofferma Joseph Ratzinger già nel 1965 – «che il Pontefice Giovanni XXIII aveva lanciato [...] tra le idee programmatiche» della «più alta adunanza rappresentativa della Chiesa»¹⁵.

Cosa significa «aggiornamento» ?

Joseph Ratzinger, «mentre il Concilio Vaticano II volgeva al suo termine», evidenziava già la sola difficoltà di tradurre «la parola «aggiornamento» [...] nelle lingue europee moderne». Il futuro Papa Benedetto XVI riteneva, infatti, che già le sole «sostituzioni», dovute alla sola traduzione di quella parola, potessero «pendere o verso il livellamento del messaggio cristiano alle novità del tempo o verso la ricerca di provvedimenti soltanto esterni, tattico-pedagogici, sul patrimonio permanente, meta-storico, delle verità rivelate».¹⁶

Prini evidenzia, quindi, che la «parola» «aggiornamento» «è rimasta [...] nel modo in cui l'aveva attinta» papa Giovanni XXIII, «come acqua di sorgente, senza professoralismo, ecclesialismo o culturalismo»¹⁷, aveva già trovato una «battuta di arresto», durante il pontificato di papa Giovanni Paolo II, «proprio là dove bisognava avere il coraggio di mettere a confronto la fede con i risultati dottrinali e metodologici delle scienze antropologiche»¹⁸.

Prini esclude, quindi, la possibilità di «accettare l'idea, trasmessa dalla teologia penale di Agostino

nell'interpretazione della Lettera ai Romani di Paolo, che l'umanità intera abbia ereditato da Adamo non solo la pena eterna del suo peccato, ma anche la responsabilità della sua stessa colpa»¹⁹, si sofferma sulla «critica antipelagiana di sant'Agostino e del Concilio di Cartagine del 418, che ne raccolse gli echi», per evidenziare che «il peccato era già cominciato ad apparire nella Chiesa latina, piuttosto che in quella orientale, come la «categoria maggiore e fondatrice dell'esperienza della salvezza»²⁰ e, quindi, che «il linguaggio simbolico», «proprio del Sacro non può essere confuso con il linguaggio fattuale che è proprio della narrazione profana»²¹.

Un'esposizione che sembra avvalorare il confronto, esistente, tra l'autorità del Papa e la riflessione individuale che non si arresta allo ««scollamento» statico tra convinzioni e comportamento dei fedeli praticanti da un lato e insegnamenti della gerarchia dall'altro»²².

2. Prospettive di una riflessione

Vattimo «vede» lo «scisma sommerso» dei «cattolici italiani» nella «significativa, e spesso maggioritaria, quota di coloro che si dichiarano cattolici praticanti», ma «diverg[ono] profondamente dall'insegnamento del Papa»²³ e per questo «sono appunto protagonisti di uno scisma», inteso come «un distacco dalla autorità del Papa di Roma»²⁴.

Una riflessione che induce ad «amare le contraddizioni» che – come evidenzia Zannotti –avvertono l'«obbedienza religiosa» ed il «bisogno di libertà»²⁵.

Infatti, «queste posizioni della maggioranza dei cattolici italiani – secondo Vattimo che legge Prini – non [...] sono un] triste limite della loro fede o una deplorabile manifestazione della loro debolezza, ma [...] un] salutare richiamo a non prendere il testo della Sacra Scrittura in un senso troppo letterale, inaccettabile da una coscienza che abbia fatto l'esperienza della scienza e della critica moderna»²⁶, che – come evidenzia Zannotti – «gioca un ruolo decisivo nell'indebolire tutte le tradizionali agenzie di rappresentanza sociale comprese quelle religiose fino ad affermare qui una versione intimistica e soggettiva della fede»²⁷.

Infatti, «la lunga intrapresa critica del pensiero moderno», che ci conduce a scoprire il senso simbolico dei miti biblici e a rivendicare l'autonomia morale del singolo contro ogni autorità (anche quella del Papa)» – secondo Vattimo, che legge Prini – avrebbe «contribu-

¹¹ FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica: tra passato e presente*, in Lo Sapio, *Bioetica cattolica e bioetica laica nell'era di Papa Francesco. Che cosa è cambiato?*, Milano, 2017, p. 7.

¹² LO SAPIO, *Bioetica cattolica e bioetica laica nell'era di Papa Francesco*, p. 59.

¹³ BIANCHI, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 10.

¹⁴ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 100.

¹⁵ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 13.

¹⁶ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 13.

¹⁷ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 13.

¹⁸ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 15.

¹⁹ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 16 s.

²⁰ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 18.

²¹ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p.17.

²² BIANCHI, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 9.

²³ VATTIMO, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 99

²⁴ VATTIMO, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 100.

²⁵ ZANNOTTI, *I cattolici tra obbedienza religiosa e bisogno di libertà*, op. cit., p. 1.

²⁶ VATTIMO, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 99 s.

²⁷ ZANNOTTI, *I cattolici tra obbedienza religiosa e bisogno di libertà*, op. cit., p. 2.

ito potentemente a una vera e propria evangelizzazione delle coscienze»²⁸.

Ma la «Chiesa» – osserva ancora Vattimo – «sulla predestinazione [...] è sempre stata molto prudente, anche se non ha mai respinto la dottrina agostiniana delle *duae sectae*, dei due partiti» e «non ha mai preso atto davvero delle implicazioni della dottrina della creazione, su cui insiste Prini per teorizzare un cristianesimo amico della società aperta»²⁹.

Anche Barbara Spinelli si sofferma sullo «scisma sommerso di una società ansiosa di diventare più aperta, più libera, meno rabbuiata dalla morale delle Scritture, morale fondata sul peccato, la colpa, l'inferno»³⁰ che, con Baget Bozzo, diviene l'«annuncio di un evento: finalmente l'illuminismo ha raggiunto il Cristianesimo»³¹.

L'esistenza di «una crepa nella Chiesa del nostro Paese» che evidenzia «la diversità, fino a essere una vera e propria opposizione, tra cattolici che vogliono ispirarsi al Vangelo e cattolici [...] “del campanile”, per i quali la prima preoccupazione è la tradizione, l'identità cattolica localista»³², «ha tutte le caratteristiche di uno “scisma”, cioè di un progressivo allontanamento di due “parti” dovuto a un'incomprensione del linguaggio e a un'estraneità reciproca sempre più accentuata»³³, che vive il confronto sulla «categoria concettuale – secondo Consorti – così centrale del magistero di papa Francesco come quella della periferia»³⁴.

L'«opera riformatrice di papa Francesco» – secondo Zanotti – appare come una «destrutturazione del profilo dogmatico e giuridico della Chiesa», volta a «favorire la coesione del popolo di Dio entro i suoi confini, e, oltre quei medesimi confini», ma anche «la comprensione e condivisione della condizione umana al di là delle fedi e delle identità etniche e culturali», perché una «pastorale che si nutra esclusivamente di misericordia finisce allora con l'apparire uno strumento più adeguato all'esercizio della missione salvifica propria della Chiesa»³⁵.

Non «si tratta certo di incorrere in un radicale relativismo o di favorire una forma di aggiornamento che edulcora o snatura la sostanza del messaggio evange-

lico: Prini è ben consapevole (e lo ribadisce con insistenza) che esistono al riguardo limiti invalicabili»³⁶.

I «principi non negoziabili» – su cui si sofferma Zannotti – sono un «nucleo etico [...] iscritto nella stessa natura umana, che è comune a ciascun individuo e non rappresenta solo verità di fede». Anche per «Benedetto XVI l'azione della Chiesa nel promuovere questo nucleo di principi “non ha dunque carattere confessionale, ma è rivolta a tutte le persone, prescindendo dalla loro affiliazione religiosa», perché si vogliono «riaffermare alcuni punti fermi del cattolicesimo tradizionale accreditando la propria visione morale come naturale»³⁷.

La «religione “come mediazione tra l'eterna parola di Dio e il perenne divenire del mondo”, che legge il «rapporto tra fede e ragione»³⁸, «oggi fornisce – come evidenzia Bianchi – una chiave di lettura a situazioni» che Prini, al tempo dell'edizione del volume “Lo scisma sommerso”, «non poteva nemmeno immaginare»³⁹.

Considerazioni che inducono il «papa argentino – come chiarisce Zanchini di Castiglionchio – [...] a resuscitare un riformismo conciliare» che consenta di «attuare sul serio, finalmente, il progetto del sinodo Vaticano II»⁴⁰.

In tal senso, Mantineo evidenzia «il rapporto che lega questo Pontefice al Concilio Vaticano II, non solo quanto ai costanti e continui richiami da lui fatti, quanto, e di più, per la esigenza di ricezione/attuazione e aggiornamento che viene da lui costantemente richiamata»⁴¹.

Secondo Mantineo, «Papa Francesco riprende a considerare la Chiesa come *communio*, dando impulso a quanto i suoi stessi predecessori avevano timidamente indicato: ovvero, che il ministero petrino è centro visibile di unità della Chiesa e come tale, un dono e non un peso per tutta la Chiesa, tanto più nel confronto ecumenico»⁴².

3. Il superamento della “dicotomia bioetica” nell'era di Papa Francesco

Si delinea una visione che sembra travolgere la distinzione tra “bioetica cattolica” e “bioetica laica”,

²⁸ VATTIMO, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 100.

²⁹ VATTIMO sostiene che la «dottrina della Chiesa» afferma «l'idea di una natura fissata una volta per tutte che fonda norme etiche immutabili, del cui senso autentico, soprattutto, è giudice solo l'autorità del Papa». Vattimo, in Prini, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 102.

³⁰ SPINELLI, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 103.

³¹ BAGET BOZZO, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 106.

³² «Questa crepa – evidenzia Bianchi – ha tutte le caratteristiche di uno “scisma”, cioè di un progressivo allontanamento di due “parti” dovuto a un'incomprensione del linguaggio e a un'estraneità reciproca sempre più accentuata». BIANCHI, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 10.

³³ BIANCHI, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 10.

³⁴ CONSORTI, *La periferia è il centro*, op. cit., p. 2.

³⁵ ZANOTTI, *A proposito di un diritto canonico periferico: ovvero il rischio della perifericità del diritto canonico*, op. cit., p. 9 s.

³⁶ PIANA, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 132.

³⁷ ZANNOTTI, *Sui principi non negoziabili della Chiesa*, op. cit., p. 1 s.

³⁸ BIANCHI, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 9.

³⁹ «Del resto – evidenzia BIANCHI –, gli anni intercorsi dalla prima edizioni hanno favorito un dibattito di estremo interesse, attirando l'attenzione anche sull'insieme del pensiero filosofico ed etico dell'autore». BIANCHI, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., pp. 7-9.

⁴⁰ ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Heri dicebamus. Cause remote (e recenti) di un dialogo difficile sulle prospettive metodologiche di una canonistica non più subalterna al centralismo della Curia Romana*, op. cit., p. 8 s.

⁴¹ MANTINEO, *Il ritorno al Concilio Vaticano II e l'“aggiornamento” del diritto ecclesiale nel tempo di Papa Francesco*, op. cit., p. 2.

⁴² MANTINEO, *Il ritorno al Concilio Vaticano II e l'“aggiornamento” del diritto ecclesiale nel tempo di Papa Francesco*, op. cit., p. 41.

facendo assumere significato alla scelta etica di Prini, nella prospettiva di Papa Francesco.

Fornero propone una «distinzione tra due modelli o paradigmi etici che, pur facendo entrambi appello alla ragione, hanno una diversa fisionomia teorica»⁴³, riconducibile a «due paradigmi emblematici, in cui si è storicamente incarnata la contrapposizione, propria della nostra epoca», ovvero la «bioetica cattolica ufficiale e la bioetica laico-secolare»⁴⁴.

Ma, posta «la distinzione – chiarisce sempre Fornero – [...] nasce il problema di un suo possibile superamento», «nell'età di Francesco», che già evidenzia una chiara prospettiva di ricerca.

Fornero, se evidenzia che, diversamente da «quanto avveniva nei due precedenti pontificati, la bioetica, con l'avvento di Bergoglio, non svolge più un ruolo di primo piano», non esclude «che l'insegnamento di Francesco [...] non abbia – o possa avere – ripercussioni anche in ambito bioetico»⁴⁵, perché – come evidenzia Fornero che legge Lo Sapio – se «non si può dire che tutto sia cambiato, dall'altra non si può nemmeno dire che tutto sia rimasto come prima»⁴⁶.

Alla fine un'ammissione. Si tratta di «novità in grado, se non di annullare, per lo meno di accorciare le distanze fra i due paradigmi»⁴⁷. Una considerazione che preconizza, con questa ammissione, il loro possibile superamento.

La ragione è evidente.

La «bioetica del personalismo sostanziale» e, quindi, la «bioetica cattolica», su cui si basa il «concetto di “natura” di «una larga parte del pensiero etico e giuridico nel cattolicesimo contemporaneo», trova il «fondamento teologico della morale e del diritto nella necessaria e immutabile natura divina, dalla quale dipende la bontà o malizia intrinseca degli atti leciti o proibiti dagli uomini – di tutti gli uomini, senza distinzione di razza, nazione o cultura»⁴⁸.

Una dimensione che, attraverso il «personalismo sociale» di Maritain, che si avvale della «codificazio-

ne individuale e istituzionale della natura, fondata in un'idea che appartiene alla storia della teologia cristiana, ma è di origine remotamente aristotelica», esprime l'«immutabilità della nozione di essenza» per «un modello immutabile e universalmente normativo»⁴⁹.

Non «è difficile riconoscere nella pretesa assolutistica la radice di molti conflitti e di molte aggressioni, e anche cogliere, all'interno del cattolicesimo, un limite invalicabile del suo ecumenismo»⁵⁰.

Si delinea – secondo Prini – «un'etica della società aperta»⁵¹, che abbandona «una visione della realtà fondata sull'essenza immutabile delle cose e dell'uomo per prendere sul serio gli esiti delle scienze umane e delle correnti del pensiero moderno e postmoderno, lasciandosi provocare dagli interrogativi da esse sollevati e dando ad essi una risposta adeguata»⁵²; una «società aperta in cui il cristianesimo scelga tra le eredità del passato e offra un senso al “divenire perenne del mondo”»⁵³.

Una scelta che «ha consentito (e consente) di accontentarsi oggi con maggiore oggettività e serenità» alla «situazione di disagio tuttora persistente, nonostante la svolta operata da papa Francesco e le conclusioni dei due ultimi Sinodi sulla famiglia»⁵⁴.

Una visione personificata dalle «coordinate di fondo e [dalle] idee guida del pontificato di Bergoglio»⁵⁵ su cui si sofferma Lo Sapio: «un progetto di Chiesa che fa dell'amore e della misericordia il punto decisivo del messaggio cristiano e che cerca, con tutti i mezzi disponibili oggi, quello che Pietro Prini chiamava lo scisma sommerso»⁵⁶.

4. Conclusione

Un «superamento» della distinzione tra «società chiusa»⁵⁷ e «società aperta» e, quindi, tra «bioetica cattolica» e «bioetica laica» e, quindi, dei due possibili «modelli o paradigmi etici», risiede proprio nell'etica di Papa Francesco, che segna la «possibilità di liberare la bioetica da alcuni equivoci»⁵⁸.

⁴³ FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica: tra passato e presente*, op. cit., p. 7.

⁴⁴ FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica: tra passato e presente*, op. cit., p. 17.

⁴⁵ FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica: tra passato e presente*, op. cit., p. 38.

⁴⁶ «Questo significa, in concreto, che pur attirando l'attenzione sui mutamenti, Lo Sapio non minimizza, anzi documenta, gli elementi di continuità. Precisamente come, pur registrando gli elementi di continuità, non minimizza, anzi si sforza di mettere a fuoco, gli elementi di novità». FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica: tra passato e presente*, op. cit., p. 39.

⁴⁷ FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica: tra passato e presente*, op. cit., p. 39.

⁴⁸ Secondo PRINI è «fuori di dubbio che la bioetica del *personalismo sostanziale* fonda le proprie norme sopra un'idea della natura che ha il suo antecedente meno remoto nella Seconda Scolastica della Controriforma» con il «gesuita spagnolo Francisco Suarez» che prosegue «l'insegnamento tomistico del domenicano Francisco de Vitoria». Prini, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 113.

⁴⁹ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 114.

⁵⁰ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 114 s.

⁵¹ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 115.

⁵² PIANA, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 132.

⁵³ PONTIGGIA, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 114.

⁵⁴ PIANA, in PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 125.

⁵⁵ LO SAPIO, *Bioetica cattolica e bioetica laica nell'era di Papa Francesco*, op. cit., p. 113.

⁵⁶ LO SAPIO, *Bioetica cattolica e bioetica laica nell'era di Papa Francesco*, op. cit., p. 193.

⁵⁷ Secondo VATTIMO, che legge PRINI, San'Agostino, «probabilmente per un residuo del manicheismo che aveva professato prima della conversione, ha contribuito a instaurare nel pensiero cristiano l'idea della predestinazione: Dio è per natura eterno e immutabile, dunque ha già da sempre deciso chi sarà salvato e chi dannato. Ecco la radice della “società chiusa”; che è anche quella in cui la morale è fondata esclusivamente sulla (eterna) natura delle cose». VATTIMO, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 100.

⁵⁸ PRINI, *Lo scisma sommerso*², op. cit., p. 115.

Nessun contrasto, quindi, tra la «giusta libertà di ricerca» e lo «studio delle scienze sacre», tra la «libertà di manifestare con prudenza» il proprio «pensiero» nel «dovuto ossequio verso il Magistero della Chiesa» e l'ulteriore «approfondimento delle verità» (cann. 218 e 386 § 2 C.J.C.).

Non solo. La distinzione tra la “bioetica cattolica” e la “bioetica laica” sembra riconducibile, con i dovuti adattamenti tematici, a quella che riecheggia tra “società aperta” e “società chiusa”, infranta da Papa Francesco, su cui la riflessione non sembra si sia ancora attardata, adeguatamente.

Infatti, se il «tempo e la storia non sono affatto inessenziali rispetto all'eternità dell'essere di Dio», «le buone ragioni dello scisma sommerso sono da riconoscere» nella possibilità «di leggere la rivelazione ebraico-cristiana come l'appello verso una “società aperta” – cioè capace di novità, di trasformazione, di futuro – contro l'immagine chiusa che ha prevalso nella teologia a partire da san Paolo e da un certo san'Agostino», «fondata esclusivamente sulla (eterna) natura delle cose, la stessa» che – secondo Vattimo – Giovanni Paolo II faceva «valere quando considera[va] l'etica sessuale, la famiglia, i problemi dell'ingegneria genetica»⁵⁹.

⁵⁹ VATTIMO, in PRINI, *Lo scisma sommerso*¹, op. cit., p. 100.

Sul risarcimento del danno differenziale e personalizzazione della liquidazione. *Nota a Tribunale di Napoli, sez. Lavoro, 4 gennaio 2017, n. 9311*

abstract

With judgment n. 9311/2016, the Naples Labour Court partially accepted the appeal filed by a young apprentice seeking compensation for the differential damage suffered as a result of second, third and fourth degree burns reported during the revision of a tank used for the transport of L.P.G., which had not previously been emptied of flammable gas.

As a result of such a serious accident, the National Institute for Insurance against Accidents at Work (below INAIL) recognized in favor of the applicant an annual annuity for permanent disability, that was considered incongruous by the employee who acted in court and demanded the condemnation of the employer to pay compensation for the difference between the amount of the annuity paid and the compensation of the damage to which the worker is entitled under ordinary civil law. The judge of first instance, once the employer's criminal liability has been established, entrusted the expertise to the coroner in order to evaluate the disabling consequences of the traumatic event. The latter, at the end of the operations, recognized to the young person a temporary (total disability for the first two months and partial as 50% for the next six months) and a permanent invalidity to be assessed as "permanent biological damage", quantifiable to seventy-six percent (76%).

Furthermore, the singularity of the affair and the serious repercussions on the life of the applicant have led the court to make further "personalization of the damage", consisting in the increase of the amount due as compensation for the maximum of twenty-five (25%) per cent with respect to the value of the base point, which in fact excluded the recognition of further distinct moral harm to the sole purpose of avoiding unlawful duplication of damage (see Cass. 11.11.2008, n. 26972).

Finally, in quantifying the differential damage, the judge adopted as a starting point, the total value determined by civil rules (for temporal and permanent biological damage), deducted of the net rates already paid by INAIL as a biological damage, of the accrued interest

on the installments and the disability pension that will be provided by INAIL in the years to come, calculated taking into account some factors including the so-called capitalization coefficient.

keywords

Accident at work – Annuity – Compensation – Differential damage – Personalization of the damage.

abstract

Con sentenza n. 9311/2016, il Tribunale di Napoli, in funzione di Giudice del lavoro, accoglieva parzialmente il ricorso presentato da un giovane apprendista avente ad oggetto il risarcimento del danno differenziale subito a seguito delle ustioni di secondo, terzo e quarto grado, riportate durante l'espletamento della revisione di una cisterna utilizzata per il trasporto g.p.l. che non era stata preventivamente svuotata del gas infiammabile.

A seguito di tale gravissimo infortunio, l'INAIL riconosceva in favore del ricorrente una rendita annuale per invalidità permanente, ritenuta incongrua dal dipendente, il quale agiva in giudizio chiedendo la condanna della datrice di lavoro al risarcimento della differenza tra l'ammontare dell'indennizzo (o rendita) liquidato dall'INAIL e il risarcimento del danno cui il lavoratore ha diritto in applicazione delle ordinarie regole civilistiche.

Il Giudice di prime cure, accertata la responsabilità penale della datrice di lavoro, affidava l'incarico peritale al medico legale al fine di valutare i postumi invalidanti derivanti dall'evento traumatico.

Quest'ultimo, al termine delle operazioni, riconosceva al giovane una invalidità temporanea (totale per i primi due mesi, e parziale al 50% per i successivi sei mesi), e una permanente, da valutare quale "danno biologico permanente", quantificabile nella misura del settantasei per cento (76%).

Inoltre, la singolarità della vicenda e le gravissime repercussions sulla vita di relazione del ricorrente, hanno indotto il giudicante a operare una ulteriore "personalizzazione del danno" consistente nell'incremento della

somma dovuta a titolo risarcitorio, nella misura massima del venticinque per cento (25%) rispetto al valore del punto base, il che ha, di fatto, escluso il riconoscimento di un ulteriore e distinto danno morale puro, al solo fine di evitare una illegittima duplicazione del danno (cfr. Cass. 11.11.2008, n. 26972).

Infine, nel quantificare il danno differenziale, il giudice ha adottato come base di partenza, il valore complessivo civilisticamente determinato (per il danno biologico temporaneo e permanente) depurato dei ratei netti già versati dall'INAIL a titolo di danno biologico, degli interessi maturati sui ratei, e della rendita da inabilità che verrà erogata dall'INAIL negli anni futuri, calcolata tenuto conto di alcuni fattori, tra cui il c.d. coefficiente di capitalizzazione.

parole chiave

Infortunio sul lavoro – Indennità – Risarcimento – Danno differenziale – Personalizzazione del danno.

Art. 2087 c.c. – D.lgs. n. 38/2000 – D.M. 12 luglio 2000 – Testo Unico n. 1124/1965.

In tema di infortunio sul lavoro, è legittimo il diritto del lavoratore al risarcimento del danno costituito dalla differenza tra l'indennizzo liquidato dall'INAIL ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 38/2000, rispetto al risarcimento previsto in applicazione delle tabelle in uso al Tribunale di Milano, con l'ulteriore possibilità da parte dell'organo giudicante di incrementare la somma dovuta a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione

Trib. di Napoli, sez. Lav., 4 gennaio 2017, n. 9311/2016
Rel. Roberto De Matteis

(Omissis)

Svolgimento del processo

1. Con ricorso depositato in cancelleria in data 01.10.2013, A.Z. esprimeva di essere stato assunto in data 8.3.2006, in qualità di apprendista, dalla O. s.r.l., società avente ad oggetto l'attività di consulenza automobilistica, carrozzeria, elettrauto, revisioni ed altre complementari.

Precisava che, in data 15.1.2007, si trovava all'interno dell'officina sita in *** quando assisteva all'espletamento della revisione di una cisterna utilizzata per il trasporto di g.p.l. di proprietà della *** installata su di un semirimorchio targato *** che non era stata preventivamente svuotata del gas infiammabile; e che, a seguito della dispersione del gas, veniva investito da una violenta esplosione con generazione di fiamma, come attestato dall'intervento del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco.

Aggiungeva che, a seguito di tale evento, riportava lesioni con ustioni di secondo, terzo e quarto grado interessanti gran parte del corpo ed, in particolare, il viso, le mani, gli avambracci, le gambe ed i glutei; con

perdita dell'organo della prensione e con pericolo per la sopravvivenza; oltre a subire gravi ripercussioni di natura psicologica.

Sosteneva che il predetto sinistro si era verificato per esclusiva responsabilità della datrice di lavoro, che non aveva predisposto le misure di sicurezza in materia antinfortunistica, così come già accertato dal consulente tecnico nominato dal Pubblico Ministero, ing. *** e che anche il luogo dove era effettuata tale attività era del tutto inadeguato, in quanto costituito da uno spazio chiuso in un cortile, in prossimità di abitazioni, peraltro in un'area ad elevata urbanizzazione.

Lamentava, inoltre, che la datrice di lavoro non aveva in alcun modo istruito i propri dipendenti incaricati della revisione delle cisterne in merito alla necessità di svuotare preventivamente il gas; e che non erano state messe a loro disposizione idonee attrezzature di materiale ignifugo, come si evince anche dal verbale di ispezione del 23.4.2007.

Precisava che il totale spregio delle più elementari disposizioni era stato concretamente imposto dal titolare, che aveva ordinato di svuotare la cisterna in questione attraverso un tubo idrante che avrebbe consentito lo scarico della soluzione gassosa all'interno del serbatoio; fatti per i quali lo stesso è stato rinviato a giudizio dal Tribunale di Napoli, in procedimento nel quale il ricorrente si è costituito parte civile.

Deduceva che, a seguito di tale gravissimo infortunio, ha subito postumi invalidanti pari all'87%, come accertato dall'INAIL, che possono così sintetizzarsi: "vasti esiti cicatriziali deturpanti interessanti il volto; cicatrici cutanee deturpanti interessanti arti superiori ed inferiori e tronco; perdita funzionale di oltre un terzo della mano destra; perdita funzionale subtotale mano sinistra; disturbo post traumatico da stress grave con marcata sindrome depressiva, turbe relazionali e rischio suicidiario; grave deficit acuità visiva". Tanto che veniva riconosciuta in suo favore una rendita annuale per inabilità permanente pari ad € 26.580,17, misura incongrua a ristorarlo integralmente del danno subito, anche in considerazione della necessità di affrontare spese mediche non rimborsabili dal servizio sanitario nazionale, quali interventi di natura odontoiatrica per € 5.000,00; interventi di chirurgia ricostruttiva per € 12.000,00; l'acquisto della Dematrix, crema del costo medio di € 135,00 per ogni 50 grammi di prodotto, necessari per ogni settimana di cura.

Tanto premesso, invocata la responsabilità contrattuale e penale della datrice di lavoro ex art. 2087 c.c., A. Z. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Napoli, in funzione di Giudice del lavoro, la O. s.r.l., chiedendone la condanna al risarcimento del danno differenziale subito, con riferimento alla lesione della propria integrità psicofisica in misura dell'87%. Danno biologico che parte ricorrente quantificava in € 1.119.189,00 (già maggiorato del 25% a titolo di personalizzazione del danno), da cui sottrarre la rendita

di € 265.801,07 corrisposta dall'INAIL; in subordine, insisteva per la condanna della convenuta al risarcimento del danno da quantificarsi in via equitativa. Il tutto, oltre interessi e rivalutazione monetaria e con vittoria delle spese, con attribuzione.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, la O. s.r.l. non si costituiva in giudizio, per cui veniva dichiarata contumace.

Espletata la prova testimoniale articolata in ricorso, nonché la c.t.u. medico-legale, alla odierna udienza, all'esito della discussione sulle conclusioni di cui al ricorso introduttivo illustrate da note difensive qui da intendersi integralmente trascritte, la causa veniva decisa come da dispositivo letto al termine della camera di consiglio.

2. Il presente giudizio presuppone l'accertamento della responsabilità della O. s.r.l. nella gestione del rapporto di lavoro con il sig. A.Z. ai sensi dell'art. 2087 c.c., per la violazione degli obblighi contrattuali stabiliti dalle norme poste a tutela della salute dei lavoratori.

La lesione dell'integrità psico-fisica si sarebbe verificata a causa della condotta (gravemente negligente) della convenuta, che – pur svolgendo un'attività caratterizzata da un altissimo tasso di rischio – avrebbe omesso di adottare ogni elementare cautela necessaria ad evitare l'infortunio subito in data 15.1.2007.

Ritiene il giudicante sia necessario un breve riepilogo sulla disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, delineata dal T.U. n. 1124/1965 che, come regola generale, pone quella dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile.

Ai sensi dell'art. 10 del T.U. cit., "L'assicurazione a norma del presente decreto esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro (comma 1). Nonostante l'assicurazione predetta permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato (comma 2). Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità che, per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto (comma 6). Quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli artt. 66 e seguenti (comma 7) ...".

Prima delle pronunce della Corte Costituzionale che hanno portato all'individuazione di un pregiudizio al bene salute in sé considerato (cfr. Corte Cost. nn. 87/1991, 356/1991 e 485/1991), il danno risarcibile per il lavoratore consisteva essenzialmente in quello patrimoniale derivante dalla perdita della capacità lavorativa generica. Di conseguenza, coincideva quasi integralmente col danno risarcibile in sede civile, risultando spesso di importo superiore a quest'ultimo; sicché, anche nei casi regolati dal comma 6 dell'art.

10 cit., in cui non operava l'esonero del datore di lavoro, era ben difficile ipotizzare un giudizio rivolto nei confronti del datore, penalmente responsabile, per il danno differenziale rappresentato dal margine non coperto dalla prestazione erogata dall'istituto.

Una volta individuato il danno biologico come voce di danno a sé stante, ossia non collegato alla perdita della capacità lavorativa generica, la regola dell'esonero ha assunto portata residuale, dal momento che tale figura di danno non poteva farsi rientrare nel concetto di danno alla capacità lavorativa generica coperto dall'assicurazione obbligatoria a carico dell'INAIL; pertanto, il datore di lavoro era tenuto a risarcire integralmente il danno biologico subito dal lavoratore, in quanto voce di danno autonoma e complementare, anche nel caso in cui ricorressero i presupposti per l'esonero.

Con il d.lgs. n. 38/2000, all'art. 13, il Legislatore ha esteso la copertura assicurativa al risarcimento del danno biologico, individuando una definizione di tale pregiudizio coincidente con quella cui era pervenuto il diritto vivente. Ne è conseguita la riespansione della regola generale dell'esonero del datore di lavoro, su cui si fonda la disciplina assicurativa, che risponderà soltanto dell'eventuale danno non coperto dalle prestazioni erogate dall'INAIL, ossia del danno differenziale.

Ciò detto, si discute di danno differenziale sia in una accezione qualitativa che quantitativa.

Dal punto di vista qualitativo, è danno differenziale quello che esula, in ragione della sua tipologia, dalla copertura delle prestazioni INAIL: ad esempio, il danno biologico cd. micropermanente, che non raggiunge cioè la soglia minima indennizzabile del 6%; il danno biologico temporaneo; il danno morale. Rispetto a tali voci di danno opera l'ordinario regime della responsabilità civile.

Più complesso è il problema relativo al cd. danno differenziale quantitativo, intendendosi per tale la differenza, in termini pecuniari, tra il risarcimento del danno cui il lavoratore ha diritto in applicazione delle ordinarie regole civilistiche e l'ammontare dell'indennizzo (o rendita) a carico dell'INAIL.

Per maggiore chiarezza, va premesso che si discute delle sole ipotesi in cui il datore di lavoro, nonostante l'operatività della copertura assicurativa, debba – comunque – rispondere per il venir meno dell'esonero, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del T.U. n. 1124/1965 (ossia nei casi di responsabilità penale del datore di lavoro), e nei limiti di cui ai commi 6 e 7 del medesimo art. 10; mentre nei casi di esonero da responsabilità ai sensi del comma 1 dell'art. cit. non residua alcun margine di danno ulteriormente risarcibile a carico del datore di lavoro rispetto a quanto indennizzato dal sistema assicurativo.

In ordine all'ammissibilità del danno differenziale quantitativo, secondo la condivisibile giurisprudenza di merito, negare il riconoscimento di un risarcimen-

to ulteriore rispetto all'indennizzo erogato dall'INAIL comprimerebbe ingiustamente la tutela piena che spetta al lavoratore, configurandosi come lettura non costituzionalmente orientata della speciale normativa in materia.

In tal senso viene, anche, valorizzata la differenza ontologica tra indennizzo e risarcimento. Come è noto, il primo è finalizzato a ristorare integralmente il danno provocato da una condotta colposa o dolosa del soggetto responsabile, quindi presuppone la prova della condotta, dell'elemento soggettivo oltre che del danno e del nesso causale; al contrario, la corresponsione dell'indennizzo richiede semplicemente l'esistenza di un danno come conseguenza dell'evento accaduto in occasione di lavoro, senza che sia attribuito alcun rilievo alla colpa, o meno, del datore di lavoro.

E la Suprema Corte – con la decisione 26.10.2012 n. 18469 – ha condiviso la prospettazione secondo cui va riconosciuto al lavoratore il diritto al risarcimento del danno costituito dalla differenza tra l'indennizzo liquidato dall'INAIL ai sensi dell'art 13 del d.lgs. n. 38/2000, rispetto al risarcimento previsto in applicazione delle tabelle in uso nel Tribunale di Milano; ciò in quanto l'Inail corrisponde ... non un risarcimento ma un'indennità e ciò in attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento...in via sperimentale, assumendo quale riferimento la lesione dell'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale". Ed ha sottolineato che "non si tratta quindi di un risarcimento parametrato alla effettiva perdita ed inoltre le conseguenze sono considerate per una sola componente, la lesione dell'integrità psicofisica, senza considerare le altre voci di danno esistenziale e alla vita di relazione".

Particolare attenzione, ovviamente, deve porsi ai riflessi che derivano sul piano processuale da tale ricostruzione, in quanto, come detto, la regola generale in materia di risarcimento del danno biologico derivante da infortunio sul lavoro o malattia professionale è l'esonero del datore di lavoro dalla relativa responsabilità, poiché il ristoro del pregiudizio all'integrità psicofisica sofferto dal lavoratore è assicurato in via esclusiva dall'indennizzo erogato dall'INAIL.

Tale principio, come detto, soffre una parziale eccezione nel caso in cui sia configurabile la responsabilità penale del datore di lavoro poiché, ai sensi dell'art. 10, commi 2-8, cit., è consentito al lavoratore (che non si ritenga integralmente soddisfatto dall'INAIL) di agire nei confronti del datore di lavoro per ottenere la differenza tra il risarcimento determinato secondo le regole valevoli in ambito civilistico e l'ammontare dell'indennizzo INAIL, ancorato ai parametri delle tabelle cui rinvia l'art. 13 d. lgs. 38/2000, di cui al D.M. 12 luglio 2000.

Di minore rilievo pratico è la norma dell'art. 10, comma 4, secondo cui è necessaria la procedibilità

d'ufficio del reato. Sul punto, la Corte di Cassazione considera sufficiente l'inadempimento di obblighi riconducibili, oltre che a disposizioni specifiche, al disposto dell'art. 2087 c.c. (ed ora, anche, al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, art. 2, in forza del quale il datore di lavoro è garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro) per ritenere integrato il reato di lesioni colpose aggravate dalla violazione della normativa antinfortunistica (cfr., *ex plurimis*, Cass. 21.12.2010, n. 2816).

Del resto, l'inadempimento datoriale, per violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c., produttiva di una lesione dell'integrità psicofisica del lavoratore è una condotta che integra fattispecie penale ex artt. 582 e ss. c.p.

3. Va, quindi, affrontata la questione concernente quali siano gli oneri di allegazione che possono ragionevolmente richiedersi in capo al lavoratore per poter dare ingresso alla domanda di danno differenziale.

Nella fattispecie, il sig. A.Z. agisce nei confronti della O. s.r.l. per ottenere l'integrale ristoro del danno, previo accertamento della responsabilità della datrice di lavoro nel verificarsi del sinistro con gravissimi postumi.

La domanda è meritevole di accoglimento per le seguenti considerazioni.

La corposa documentazione allegata al ricorso fornisce una prova inequivocabile delle circostanze fattuali concernenti l'incidente avvenuto durante l'espletamento dell'attività lavorativa presso la – allora – *****.

In particolare, il giovane apprendista assisteva alla revisione di una cisterna utilizzata per il trasporto di g.p.l. – che non era stata preventivamente svuotata – quando il gas altamente infiammabile prendeva fuoco, esplodendo ed investendolo insieme agli operai presenti, sigg.ri ***

A seguito delle gravissime lesioni riportate, il ricorrente veniva immediatamente ricoverato presso l'Ospedale Evangelico "Villa Betania" di Napoli, e successivamente presso il centro ustioni dell'A.O.R.N. "A. Cardarelli" di Napoli.

Come si evince dalla relazione di consulenza tecnica redatta in data 20.06.2007 dall'ing. *** "...l'incidente ...che ha determinato il ferimento per ustioni di tre dipendenti della Società è descrivibile come una combustione istantanea di vapori di GPL effluenti a bassa velocità da una cisterna adibita al trasporto di tale categoria di sostanze. Al fine di rispondere compiutamente al quesito posto allo scrivente in merito alle cause di quanto occorso si chiarisce che tale fenomeno, indicato in letteratura con il nome di Flash-Fire, è conseguente all'operazione di allontanamento di tali vapori estremamente infiammabili contenuti nella succitata cisterna condotta facendoli gorgogliare in acqua e disperdendoli nell'ambiente circostante. Si è in questo modo determinata la formazione di una nube

di vapori più pesante dell'aria ristagnante all'interno del cortile aziendale la cui combustione istantanea è stata determinata da un innesco probabilmente costituito da una scintillazione del motore elettrico del compressore posto in prossimità della cisterna ...".

Emerge, quindi, prepotentemente e senza necessità di ulteriore istruttoria, la responsabilità della datrice di lavoro, che aveva del tutto omesso di adottare le più elementari, prima ancora che specifiche, disposizioni in materia di tutela dei lavoratori.

A causa di tale incidente, a piena conferma della prospettazione attorea cfr. la sentenza n. 3509/2014 del 09.07.2014, emessa dalla nona sezione penale del Tribunale di Napoli, in cui testualmente: "...A.Z. ricoverato presso il "Centro Grande Ustioni" dell'Ospedale Cardarelli di Napoli a poche ore di distanza dal fatto a seguito del trasferimento d'urgenza dal Pronto Soccorso dell'Ospedale "Villa Betania", fu dimesso dopo due mesi – il 15 marzo 2007 – senza tuttavia, aver raggiunto la completa guarigione clinica: invero, l'infortunato, come rilevato dal consulente medico *** è stato sottoposto nel corso dell'anno 2007 a numerosi interventi di chirurgia plastica, diretti tra l'altro, al recupero della funzionalità della mani anche presso strutture ubicate in territorio diverso dalla nostra Regione. A.Z. è stato sottoposto ad esame clinico dal c.t. *** nel novembre 2007 che nella relazione a propria firma ha, così risposto ai quesiti formulatigli "Nel fatto del 15-1-2007 il Sig. Z. A. , attualmente di anni 18, ha riportato estese ustioni di II e III grado interessanti il viso, le mani, gli avambracci, le cosce (circa il 40% della superficie corporea). Mezzo produttore di tali ustioni è stata la fiamma ... Vi è stato un pericolo per la vita della persona offesa per il concreto rischio di shock ritardato da ustionati; la durata della malattia traumatica è stata ampiamente superiore al 40° giorno e così pure la durata dell'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni. Sussistono postumi permanenti di rilievo penale: lo sfregio permanente del viso e la perdita dell'uso dell'organo della prensione. Quest'ultimo per il trattamento ancora in corso potrebbe in seguito attenuarsi, costituendo indebolimento permanente dell'organo della prensione". In particolare il consulente *** ha rilevato che "... Infatti, gli esiti delle ustioni hanno completamente sovvertito l'euritmia del viso e l'armonia dei lineamenti sia sul piano anatomico che su quello funzionale (mimico, espressivo) e lo sconvolgimento dei lineamenti può essere agevolmente percepito anche ad un'osservazione assolutamente involontaria o superficiale. ... Inoltre è attualmente sussistente la perdita dell'uso dell'organo della prensione poiché attualmente la funzionalità di entrambe le mani è completamente compromessa od al massimo ridotta ad un cascame di validità senza alcuna rilevanza pratica. Il trattamento ancora in corso potrà consentire un parziale recupero della funzione tale da ricondurre l'esito

non alla perdita, ma all'indebolimento permanente dell'organo della prensione"... Le lesioni subite dallo Z. alla luce delle conclusioni possono essere qualificate gravissime essendo stati integrati gli effetti descritti ai numeri 3 (la perdita della funzione dell'uso delle mani come organi della prensione) e 4 (sfregio permanente del viso) del secondo comma dell'art. 583 c.p. ...".

4. A questo punto è opportuno riportare le deposizioni testimoniali rese nel corso del presente giudizio, relativamente alle conseguenze dannose subite dal ricorrente.

In ordine di escussione, il teste *** rispondeva: ...

Il secondo teste *** , riferiva: ...

5. All'esito dell'istruttoria orale e tenuto conto dell'ampia documentazione versata in atti, veniva conferito incarico peritale al medico legale, prof. *** al fine di accertare quali postumi invalidanti permanenti siano derivati al lavoratore, precisandone i criteri di determinazione ed il momento d'insorgenza.

Il c.t.u. ricostruiva in maniera puntuale la vicenda... "Al termine di questo sintetico excursus della vicenda clinica del sig. Z. si ritiene di poter rispondere ai primi due quesiti che ci sono stati posti, affermando che – in relazione all'evento traumatico patito il 15.01.2007 – Egli abbia riportato 'ustioni di II e II grado interessanti il 40% della superficie corporea' ed, in particolare, 'al volto ed alle mani'; tali lesioni sono del tutto compatibili con la dinamica dell'evento lesivo evincibile dagli Atti e per la quale è presente in Atti la relazione di consulenza tecnica per il P.M. depositata, il 20.06.2007, dall'ing. ***** ...".

Quindi il consulente precisava "ritengo che si debbano distinguere due diversi periodi di "danno biologico temporaneo" ed, in particolare, quello relativo all'anno 2007 (sino al 07.01.2008) per il quale il sig. Z. venne indennizzato dall'INAIL con la "inabilità temporanea totale"; in relazione a tale periodo – e se la S.V.I. lo riterrà opportuno in relazione al "danno biologico" che, a mio avviso, già rientra nella valutazione INAIL – è possibile suddividere tale periodo in sei mesi di "danno biologico temporaneo totale" e sei mesi di "danno biologico temporaneo parziale, progressivamente decrescente e mediamente valutabile con un tasso del 50%".

Dopo il 07.01.2008 si ritiene che i ricoveri (molti in D.H.) ed i trattamenti evincibili dagli atti rappresentino necessarie cure mirate al miglioramento dei postumi che l'INAIL aveva già ben inquadrato nella comunicazione del 07.07.2008.

In tal senso, quindi, ritengo che per la "cura dei postumi" si possa valutare l'ulteriore periodo di "danno biologico temporaneo" ed, in particolare, per gli anni dal 2008 e sino all'11.01.2012 si ritiene che al sig. Z. vadano riconosciuti nel complesso ed orientativamente due mesi di "danno biologico temporaneo totale" e sei mesi di "danno biologico temporaneo parziale,

progressivamente decrescente e mediamente valutabile con un tasso del 50%”.

All’esito dei presenti accertamenti medico-legali si valuta che, allo stato, sussistano dei “postumi permanenti” – da valutare quale “danno biologico permanente” (ovvero alterazione della integrità somato-psichica) – che incidono sullo “stato di salute” del sig. Z. e che, in sintesi, così possono essere indicati: ... In relazione, quindi, alle voci tabellari più accreditate per la ‘responsabilità civile’ si ritiene che il tasso complessivo del “danno biologico permanente” sia da indicare con il settantasei per cento (76%)”.

Le complesse argomentazioni del consulente giustificano esaurientemente le conclusioni cui lo stesso è pervenuto, in quanto sono fondate su accurati esami clinici e numerosa documentazione di struttura specialistica pubblica, e sono sorrette da una corretta e più che esauriente motivazione; per cui vanno integralmente condivise e fatte proprie da questo giudice.

Conseguentemente, deve ritenersi che l’infortunio subito dal ricorrente durante l’espletamento della propria attività lavorativa gli abbia causato un danno permanente, quantificabile nella misura indicata dal consulente (76%), tenuto conto della gravità delle patologie dallo stesso riscontrate.

6. Al fine di operare la liquidazione del danno, in mancanza di una tabella di legge valevole in ambito estraneo all’infortunistica stradale e non essendo corretto il criterio equitativo puro, anche in materia lavoristica il parametro di riferimento è costituito dalle tabelle adottate dal Tribunale di Milano, sulla cui congruità sono noti gli interventi della Corte di Cassazione (cfr. *ex multis* sentt. nn. 12408/2011; 14402/2011; 17879/2011; 19376/2012; 134/2013; 4447/2014; 24205/2014; 12717/2015; 13982/2015; 20895/2015; 3505/2016).

La Suprema Corte ha, infatti, ritenuto di indicare ai giudici di merito un unico valore medio di riferimento, da porre a base del risarcimento del danno alla persona, quale che sia la latitudine in cui si radica la controversia; a tal fine, ha sostenuto che i valori adottati dal Tribunale di Milano, dei quali nei fatti è già riconosciuta una sorta di vocazione nazionale, possano costituire la base per garantire la parità di trattamento, da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurre l’entità.

Sul punto, la Suprema Corte, a partire dalla sentenza n. 12408 del 7.6.2011, ha enunciato il principio oramai pietrificato in base al quale “nella liquidazione del danno biologico, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l’adozione della regola equitativa di cui all’art. 1226 c.c., deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l’uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che

danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari. Garantisce tale uniformità di trattamento il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale – e al quale la S.C., in applicazione dell’art. 3 Cost., riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c., salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificare l’abbandono. L’applicazione di diverse tabelle, ancorché comportante liquidazione di entità inferiore a quella che sarebbe risultata sulla base dell’applicazione delle tabelle di Milano, può essere fatta valere, in sede di legittimità, come vizio di violazione di legge, solo in quanto la questione sia stata già posta nel giudizio di merito” (in tal senso recentemente, anche, Cass. n. 2167/2016).

Nelle tabelle milanesi sono stati elaborati dei valori monetari medi, corrispondenti al caso di incidenza della lesione in termini “standardizzabili” perché frequentemente ricorrenti, con riferimento agli aspetti anatomico-funzionali, relazionali e di sofferenza soggettiva. Le tabelle indicano percentuali in aumento di tali valori medi da poter eventualmente utilizzare, onde consentire una adeguata personalizzazione complessiva della liquidazione, laddove il caso concreto presenti peculiarità che siano state concretamente allegate, e provate, dal danneggiato.

In altri termini, la tabella dei valori monetari medi tiene già conto dell’incidenza standard non solo degli aspetti anatomico-funzionali, ma anche degli aspetti relazionali e di sofferenza soggettiva, che in ricorso sono stati puntualmente allegati e che l’istruttoria ha pienamente confermato (cfr. le deposizioni testimoniali, ed in particolare quella resa dal teste Manzone, soggetto del tutto indifferente alle parti in causa). Ragion per cui il danno biologico – laddove, come nella fattispecie concreta, sia stato medicalmente accertato – è idoneo ad attrarre in sé le conseguenze pregiudizievoli sulla sfera dinamica della persona, conseguenti alla lesione dei diritti costituzionalmente protetti.

Applicando tali principi, tenuto conto delle peculiarità della vicenda e delle gravissime ripercussioni sulla vita di relazione del ricorrente, le cui abitudini di vita e la cui personalità sono state stravolte in giovanissima età, ovviamente coinvolgendo in modo drammatico anche i suoi familiari (come confermato nel corso dell’istruttoria orale), indubbiamente sussiste lo spazio per la personalizzazione del danno, nella misura massima del 25% rispetto al valore del punto base.

Ricapitolando, la valutazione del danno biologico permanente è stata espressa dal c.t.u. nella misura del 76%, ed il calcolo del danno alla salute deve essere effettuata tenendo conto che il sig. Z. al momento del sinistro aveva 17 anni.

Per effetto dell’applicazione dei criteri civilistici di

liquidazione delle richiamate tabelle milanesi si ottiene, a titolo di danno biologico permanente, la somma di € 814.729,00 determinata considerando come valore punto danno non patrimoniale 11.652,31 e come demoltiplicatore il valore 0,920.

Risarcimento che, in ragione dell'aumento personalizzato (pari ad € 203.682,25 in misura massima del 25%) determina un danno non patrimoniale complessivo pari ad € 1.018.411,20.

Non ritiene il giudicante che, in ragione della disposta personalizzazione nella misura massima del danno, sia anche configurabile un distinto danno morale puro che – tra l'altro – parte ricorrente non ha specificamente azionato nel ricorso introduttivo del giudizio, ma soltanto nelle note conclusionali.

Diversamente opinando, si verrebbe a configurare una illegittima duplicazione del danno, in violazione del principio affermato dalle Sezioni Unite con le note sentenze di San Martino (cfr. sentenza n. 26972 dell'11/11/2008).

In tal senso è certamente condivisibile quanto costantemente affermato dai giudici di legittimità, ossia che “il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. preclude la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno esistenziale, ecc.), che costituirebbero vere e proprie duplicazioni risarcitorie, fermo restando, però, l'obbligo del giudice di tenere conto di tutte le peculiari modalità di atteggiarsi del danno non patrimoniale nel singolo caso, tramite l'incremento della somma dovuta a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione (Cass., 23.9.2013, n. 21716; 18.6.2015 n. 12594)”.

Inoltre, essendo stata riconosciuta dal c.t.u. una invalidità totale (100%) per n. 60 giorni, oltre ad una percentuale parziale di invalidità (50%) per n. 180 giorni, consegue il diritto del sig. Z. al risarcimento del danno biologico temporaneo, in misura pari ad € 14.400,00; danno, quest'ultimo, che non potrà essere ridotto per effetto dell'intervento dell'Inail, che non indennizza in alcun modo questo pregiudizio.

Non merita, infine, accoglimento, tenuto conto delle conclusioni di cui al ricorso introduttivo del giudizio, la richiesta del risarcimento del danno pari alle spese mediche affrontate; risarcimento che – anche questo - non è stato espressamente richiesto in ricorso e la cui liquidazione d'ufficio costituirebbe una chiara violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

7. Avendo l'INAIL costituito la rendita in favore del ricorrente, ai fini del calcolo del danno differenziale, dal valore del danno complessivo civilisticamente determinato va sottratta la somma pari al valore capitale della rendita ed ai ratei di rendita erogati fino al calcolo del valore capitale, tuttavia depurati della

quota che compendia il danno patrimoniale (cfr. Cass. 26.6.2015, n. 13222; 30.8.2016, n. 17407).

Il danno complessivo e la rendita devono essere attualizzati (cioè rivalutati) fino al momento della decisione, onde operare la successiva operazione di calcolo; sul punto cfr. Cass. n. 10035/2004, secondo cui “tale danno “differenziale” deve essere, quindi, determinato sottraendo dall'importo del danno complessivo (liquidato dal giudice secondo i principi ed i criteri di cui agli artt. 1223 e ss., 2056 ss c.c.) quello delle prestazioni liquidate dall'Inail, riconducendolo allo stesso momento cui si riconduce il primo, ossia tenendo conto dei rispettivi valori come attualizzati alla data della decisione”.

Dal prospetto di calcolo (inviato telematicamente dal procuratore del ricorrente in data 24.11.2016) si evince che i ratei netti versati dall'INAIL a titolo di danno biologico corrispondono ad € 125.036,83, oltre ad € 6.866,38 per gli interessi maturati sui ratei.

A tale importo va, poi, aggiunto il cd. valore capitalizzato del danno biologico della rendita da inabilità che verrà erogata; calcolo, che – sebbene specificamente richiesto – il procuratore di parte non ha depositato.

Quest'ultimo valore, tenuto conto della rendita annua corrisposta dall'INAIL, dell'età del ricorrente, dell'intervallo temporale compreso tra l'evento e la data odierna e del cd. coefficiente di capitalizzazione pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 118, supplemento ordinario n. 131 del 21.5.2008 (“Tabelle dei coefficienti per il calcolo dei valori capitali attuali delle rendite di inabilità e di quelle in favore dei superstiti dei lavoratori infortunati”), è pari ad € 353.022,15.

Ne consegue, pertanto, l'accertamento del danno differenziale subito dal ricorrente, così determinato: € 1.018.411,20 (per danno biologico permanente) più € 14.400,00 (per danno biologico temporaneo) meno € 125.036,83 (rateo netto danno biologico erogato dall'INAIL dal 07.1.2008 ad oggi) meno € 6.866,38 (interessi legali ratei netti erogati dall'INAIL) meno € 353.022,15 (rendita capitalizzata per il solo danno biologico); per un totale di € 547.885,87.

Alla stregua delle suesposte considerazioni, in parziale accoglimento del ricorso, la O. s.r.l. in persona del legale rapp.te p.t., va condannata al pagamento in favore di A.Z. della somma di € 547.885,87, all'attualità, oltre interessi legali dalla presente sentenza e fino al soddisfo.

8. Per quanto attiene alle spese di lite, l'accoglimento parziale della domanda giustifica la compensazione nella misura di un mezzo; la rimanente parte segue la soccombenza e va liquidata come da dispositivo, ai sensi del D.M. n. 55/2014, con attribuzione in favore dell'avv. *** dichiaratosene antistatario.

Le spese della c.t.u., liquidate con separato decreto, vanno poste definitivamente a carico della O. s.r.l.

P.Q.M.

(Omissis)

***Nota a sentenza

sommario

1. Il caso. – 2. Le questioni giuridiche e le soluzioni.
– 3. Osservazioni.

1. Il caso

Un giovane apprendista di una società avente ad oggetto l'attività di consulenza automobilistica, carrozzeria, elettrauto, revisioni ed altre complementari, riportava delle gravi lesioni psicofisiche con ustioni di secondo, terzo e quarto grado, durante l'espletamento della revisione di una cisterna utilizzata per il trasporto g.p.l. che non era stata preventivamente svuotata del gas infiammabile; pertanto, la fuoriuscita dei vapori contenuti nella suddetta cisterna aveva generato una combustione istantanea, meglio nota in letteratura come *Flash-Fire*, determinando il ferimento per ustioni di tre dipendenti, tra cui il ricorrente.

A seguito di tale gravissimo infortunio, l'INAIL aveva riconosciuto in favore di quest'ultimo una rendita annuale per invalidità permanente, ritenuta dal giovane incongrua a ristorarlo integralmente del danno subito, al punto da agire in giudizio chiedendo la condanna della datrice di lavoro al risarcimento della differenza, in termini pecuniari, tra l'ammontare dell'indennizzo (o rendita) liquidato dall'INAIL, ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 38/2000, e il risarcimento del danno cui il lavoratore ha diritto in applicazione delle ordinarie regole civilistiche (c.d. danno differenziale).

2. Le questioni giuridiche e le soluzioni

Il Tribunale di Napoli, in funzione di Giudice del Lavoro, nell'accogliere parzialmente il ricorso, ha riconosciuto al lavoratore il diritto al risarcimento del danno differenziale. Più nel dettaglio, il giudice di prime cure, tenuto conto delle peculiarità della vicenda e delle gravissime ripercussioni sulla vita di relazione del ricorrente, le cui abitudini sono state completamente stravolte in giovanissima età, coinvolgendo in modo drammatico anche i suoi familiari, ha optato per una ulteriore "personalizzazione del danno", vale a dire un incremento della somma dovuta a titolo risarcitorio, nella misura massima del venticinque per cento (25%) rispetto al valore del punto base. La disposta personalizzazione ha, di fatto, escluso il riconoscimento di un ulteriore e distinto danno morale puro; ciò in quanto – conclude il giudicante – diversamente opinando, si sarebbe configurata una illegittima duplicazione del danno, in violazione del principio affermato dalle Sezioni Unite con le note sentenze di San Martino (Cass. n. 26972 dell' 11.11.2008).

Nell'affrontare l'argomento del danno "civilistico" risarcibile dal datore in quanto conseguenza di un inci-

dente sul lavoro, il Giudicante ha ritenuto opportuno partire dall'analisi del Testo Unico sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, delineato dal d.P.R. n. 1124/1965.

Ebbene, l'art. 10, co. 1, del T.U. cit. prevede quale regola generale in materia di risarcimento del danno biologico derivante da infortunio sul lavoro, l'esonero del datore dalla responsabilità civile ad eccezione del caso in cui quest'ultimo abbia posto in essere un fatto identificabile come illecito penale perseguibile d'ufficio; ma, come si dirà, tutti gli infortuni e le malattie professionali sono procedibili d'ufficio, essendo sufficiente allo scopo la contestazione al datore della violazione di una norma a carattere prevenzionale, fosse pure soltanto la mera inosservanza degli obblighi contrattuali imposti dall'art. 2087 c.c., secondo cui «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Proprio quest'ultimo aspetto ha alimentato la tesi secondo cui il principio dell'esonero del datore dalla responsabilità civile non esisterebbe più nel nostro ordinamento; ciò in quanto, se è vero che in ogni caso di lesioni del lavoratore per infortunio o malattia esiste una fattispecie oggettiva di reato, per di più perseguibile d'ufficio, essendo sufficiente ipotizzare soltanto una violazione di una norma antinfortunistica o anche di una cautela non codificata ai sensi dell'art. 2087 c.c., allora il lavoratore potrebbe (in astratto) sempre adire oltre l'istituto assicuratore (INAIL) anche il giudice del lavoro per chiedere il danno differenziale, al punto che l'azione di danno diventerebbe automatica.

Contro questa affermazione si pone la funzione deterrente assoluta dall'esonero e dalla pregiudizialità penale, dal momento che graduando la responsabilità in funzione della provata inosservanza di una regola di prevenzione, spingerebbe il datore ad adottarla se non vuole esporsi all'azione di danno differenziale e alla successiva azione di rivalsa dell'istituto previdenziale (ex art. 11 del T.U. cit.). Quanto detto, permette di ribadire che la regola dell'esonero del datore dalla responsabilità civile esiste ancora, ma opera entro limiti ben precisi, ossia solo per le voci di danno che sono assicurati dal datore presso l'INAIL. Trattasi della c.d. selettività o parzialità della tutela assicurativa, che non si estende a tutti i lavori (ma solo a quelli c.d. pericolosi) né copre tutti i danni subiti dal lavoratore (ma solo a quelli c.d. di particolare rilievo).

Per quanto attiene al danno biologico, l'art. 13 del d.lgs. n. 38/2000 lo definisce, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali, come «la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona».

Ebbene, con la legge delega n. 144/1999 (art. 55,

co. 1, punto s) prima e con il d.lgs. n. 38/2000 poi, il legislatore ha accolto i ripetuti inviti della Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. nn. 87/1991; 356/1991 e 485/1991) comprendendo nell'oggetto delle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e nell'ambito del relativo sistema di indennizzo e di sostegno sociale, un'ideale copertura e valutazione indennitaria del danno biologico, con conseguente adeguamento della tariffa dei premi.

Ne è conseguita una estensione della copertura assicurativa INAIL anche all'indennizzo del danno biologico permanente, tenendo conto che per gli infortuni che comportano un grado di menomazione inferiore al 6% (c.d. lesioni "micro-permanenti") non è previsto alcun indennizzo INAIL (c.d. franchigia); mentre, se l'entità del danno è compresa tra il 6% e il 15% si ha diritto all'indennizzo in capitale del danno biologico; infine, laddove la gravità della lesione sia pari o superiore al 16% è previsto un indennizzo in rendita per il danno biologico, nonché un'ulteriore quota di indennizzo in rendita relativa alle conseguenze patrimoniali presunte.

Ricapitolando: l'INAIL indennizza sia i danni patrimoniali, ossia le retribuzioni (indennizzate solo in parte, mentre la rimanente resta a carico del datore fino al cento per cento della retribuzione percepita normalmente dal lavoratore), sia i danni non patrimoniali, vale a dire il danno biologico permanente.

Restano, quindi, non indennizzati tutti i danni patrimoniali diversi dalle retribuzioni (per esempio le spese mediche); la eventuale minore capacità di produrre reddito nel futuro da parte del danneggiato; e i seguenti danni non patrimoniali: il danno biologico permanente inferiore al 6%, il danno biologico temporaneo (ossia, quello che decorso un certo periodo di tempo scompare), il danno morale e il danno esistenziale. Tutte queste voci di danno non patrimoniale costituiscono, nel loro insieme, il c.d. danno complementare, sulla cui risarcibilità la giurisprudenza di legittimità si è a lungo interrogata prima dell'intervento delle Sezioni Unite con le sentenze di San Martino (Cass. n. 777 del 19.1.2015; Cass. n. 8182 del 16.6.2001).

Alla luce di quanto sopra esposto, affiora che ci sono voci di danno subiti dal lavoratore che sono assicurati dal datore presso l'INAIL e per le quali risponde direttamente l'istituto nei limiti stabiliti dalla legge. Nei confronti di queste opera l'esonero del datore di lavoro (ex art. 10 del d.P.R. n. 1124/1965) in virtù anche di un principio base dell'assicurazione sociale: il datore che paga i contributi è esonerato dalla responsabilità civile.

Pertanto, quando l'evento lesivo che ha prodotto l'infortunio va oltre ciò che è prevedibile e il datore ha applicato tutte le norme sulla sicurezza, il lavoratore ha diritto di essere indennizzato dall'INAIL, e il datore dovrà solo integrare quanto erogato dall'ente, fino al

raggiungimento della retribuzione ordinaria. Viceversa, qualora l'evento lesivo sia stato causato da una condotta colposa o dolosa del datore, e il danno attenga, per le medesime voci assicurate dall'istituto, a somme maggiori rispetto a quelle erogate in sede previdenziale, è consentito al lavoratore danneggiato di agire in giudizio con la speciale azione risarcitoria per danno differenziale; mentre, per le per restanti voci di danno non assicurate dall'INAIL, valgono i principi generali della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Da quanto detto finora emerge una prima tensione dialettica tra due sistemi di riparazione (indennità e risarcimento), fondati su distinti parametri costituzionali: l'art. 38, secondo comma, della Costituzione che stabilendo come «i lavoratori hanno diritto che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria» costituisce il fondamento costituzionale dell'indennizzo erogato dall'INAIL; mentre, connotazioni diverse assume il risarcimento del danno alla salute (ex art. 32 Cost.) patito dal lavoratore in conseguenza di eventi connessi alla propria attività lavorativa.

D'altronde, la differenza tra indennizzo e risarcimento non è meramente terminologica, in quanto la corresponsione del primo richiede semplicemente l'esistenza di un danno come conseguenza dell'evento accaduto in occasione di lavoro, senza che sia attribuito alcun rilievo alla colpa del datore; viceversa, il risarcimento è finalizzato a ristorare integralmente il danno ingiusto provocato da una condotta colposa o dolosa del danneggiante, per cui la sua erogazione presuppone sempre la prova della condotta, dell'elemento soggettivo, oltre che del danno e del nesso causale.

Dunque, l'erogazione dell'indennizzo corrisposto dall'INAIL non esclude la possibilità per il lavoratore danneggiato di rivolgersi al datore al fine di ottenere il ristoro del maggior danno subito e quantificato secondo i normali criteri civilistici; ciò in quanto «l'Inail corrisponde non un risarcimento ma un'indennità (...) assumendo quale riferimento la lesione dell'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico-legale (...). Non si tratta quindi di un risarcimento parametrato alla effettiva perdita ed inoltre le conseguenze sono considerate per una sola componente, la lesione dell'integrità psicofisica, senza considerare le altre voci di danno esistenziale e alla vita di relazione» (Cass. n. 18469 del 26.10.2012).

Il danno differenziale è uno di quei diritti che, nel silenzio del legislatore, è stato portato alla luce dalla giurisprudenza, non essendoci una normativa specifica che regoli quanto sopra esposto; per cui, si è molto dibattuto circa la risarcibilità di tale voce di danno. Ad oggi la questione sembra sufficientemente risolta nel senso della risarcibilità. Infatti, negare ai soggetti che abbiano subito un danno biologico in seguito ad infortunio sul lavoro la possibilità di agire per il c.d.

danno differenziale, avrebbe comportato una manifesta disparità di trattamento tra questi e tutti gli altri che abbiano subito un danneggiamento non riconducibile ad un'attività lavorativa.

Ad ogni modo, la liquidazione del danno biologico differenziale richiede requisiti più rigorosi di quelli pretesi per la liquidazione dell'indennizzo assicurativo, essendo necessario l'adempimento degli oneri fissati dall'ordinamento ai fini della dimostrazione dell'illiceità penale del datore di lavoro; *in primis*, l'allegazione nel ricorso introduttivo del fatto integrante un reato perseguibile d'ufficio. Sul punto, è sufficiente la descrizione delle condizioni di lavoro incompatibili con lo stato di salute, con violazione, quantomeno, dell'art. 2087 c.c. Spetterà poi al giudice del lavoro dar corso all'istruttoria attraverso l'accertamento della colpa del responsabile, della causalità (spiegata attraverso il criterio della *conditio sine qua non*) tra la condotta e l'evento, ed infine dell'esistenza in concreto di un danno differenziale.

Tuttavia, al fine di valutare al meglio l'esistenza di una relazione tra le lesioni e l'evento denunciato, il giudice di prime cure, dopo l'assunzione delle informazioni e delle prove orali, può disporre una CTU medico-legale, per stabilire quali postumi invalidanti permanenti siano derivati al lavoratore, precisandone i criteri di determinazione e il momento dell'insorgenza.

In ogni caso, nulla garantisce all'organo giurisdizionale la completa serenità del tecnico nell'espletamento delle operazioni, per cui al termine delle stesse, spetterà al primo, nella qualità di *"peritus peritorum"*, verificare: che sia stato espresso un giudizio adeguato ed esaustivo ai quesiti formulati; la corrispondenza tra le lesioni descritte e le quantificazioni di invalidità operate (tenendo conto anche che in caso di lesioni plurime le relative percentuali non si sommano aritmeticamente, ma secondo metodi riduzionistici); che sia stato tenuto conto dello stato di salute pregresso del soggetto.

Se la valutazione del danno alla persona nel suo aspetto percettivo è rimessa all'opera del CTU, il quale fa uso di tabelle per esprimere il dato in percentuale di invalidità permanente o temporanea (quest'ultima ragguagliandola ad un numero di giorni), per gli altri profili di danno compete al giudice rinvenire il criterio cui ancorare la liquidazione.

Sul punto, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 2167/2016 ha stabilito che «il danno non patrimoniale non può comunque essere liquidato in termini puramente simbolici o irrisori o comunque non correlati all'effettiva natura o entità del danno (v. Cass., 12/5/2006, n. 11039; Cass., 11/1/2007, n. 392; Cass. 11/01/2007, n. 394), ma deve essere congruo. Per essere congruo, il ristoro deve tendere, in considerazione della particolarità del caso concreto e della reale entità del danno, alla maggiore approssimazione possibi-

le dell'integrale risarcimento (v. Cass., 30/6/2011, n. 14402; Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972; Cass., 29/3/2007, n. 7740)».

All'uopo, in assenza di una tabella di legge valevole in ambito estraneo all'infortunistica stradale e non essendo congruo il criterio equitativo puro, il criterio di liquidazione che garantisce uniformità di trattamento è costituito dalle tabelle adottate dal Tribunale di Milano, al quale la Suprema Corte riconosce la valenza di «parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c., salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificare l'abbandono» (Cass. n. 12408 del 7.6.2011).

Tuttavia, nelle tabelle milanesi sono stati elaborati dei valori monetari medi, ossia delle valutazioni che tengono conto dell'incidenza della lesione in misura "standardizzata" (con riferimento agli aspetti anatomico-funzionali, relazionali e di sofferenza soggettiva), lasciando così spazio ad un'ulteriore personalizzazione del danno, vale a dire un incremento della somma dovuta a titolo risarcitorio, nella misura massima del venticinque per cento (25%) rispetto al valore del punto base, tenuto conto delle peculiarità della vicenda e delle gravissime ripercussioni sulla vita di relazione del danneggiato.

Ciò posto, per lungo tempo, la dottrina e la giurisprudenza si è interrogata se la personalizzazione del danno biologico potesse o meno consentire l'ulteriore risarcimento del danno morale e/o esistenziale.

Premesso che il danno biologico, il danno morale e il danno esistenziale rispondono a diverse prospettive del medesimo evento lesivo, in quanto un determinato evento può causare, nella vittima o nei familiari, un danno alla salute medicalmente accertabile, un dolore interiore e un'alterazione della vita quotidiana, prima dell'intervento delle Sezioni Unite del 2008, i danni risarcibili alla vittima di un infortunio sul lavoro erano: il danno patrimoniale; il danno biologico; il danno morale; il danno esistenziale.

Il rischio era quello di una duplicazione della pretesa risarcitoria, per la quale si ritenne necessario l'intervento delle Sezioni Unite che con quattro sentenze di identico contenuto, depositate l'11.11.2008, sancirono il principio di diritto secondo cui: «il danno non patrimoniale è categoria unitaria non suscettibile di suddivisione in categorie variamente etichettate». Da quanto espresso ne deriva che: «il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. preclude la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno esistenziale, ecc...), che costituirebbero vere e proprie duplicazioni risarcitorie, fermo restando, però, l'obbligo del giudice di tenere conto di tutte le peculiari modalità di atteggiarsi del danno non patrimoniale nel singolo caso, tramite l'in-

cremento della somma dovuta a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione» (Cass., n. 21716 del 23.9.2013; n. 12594, del 18.6. 2015).

Purtroppo, però, all'indomani di detti interventi giurisprudenziali, è mancato l'aggancio della prospettiva risarcitoria a parametri (anche normativi) condivisi e giustificati, al punto che non sono tardati interventi da parte della giurisprudenza di legittimità e di merito tesi a rimarcare l'autonomia del danno morale rispetto al danno biologico, e quindi la sua differente risarcibilità.

Ad oggi sembrerebbe prevalere il principio secondo cui: dovrà essere il giudice ad assicurare che sia raggiunto un giusto equilibrio tra la personalizzazione del danno biologico e le varie voci che concorrono a determinare il complessivo risarcimento.

Detto ciò, non ci resta che esaminare il criterio utilizzato dal giudice di prime cure ai fini del calcolo del danno differenziale. Ancora una volta a stabilirlo è l'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965, che ai commi sei e sette prevede che il risarcimento spettante all'infortunato sul lavoro è dovuto solo nella misura differenziale derivante dal raffronto tra l'ammontare complessivo del risarcimento e quello delle indennità liquidate dall'INAIL in dipendenza dell'infortunio. Tale danno "differenziale" deve essere, quindi, determinato sottraendo dall'importo del danno complessivo (liquidato dal giudice secondo i principi ed i criteri di cui agli artt. 1223 e ss., 2056 e ss. c.c.) quello delle prestazioni liquidate dall'INAIL a titolo di danno biologico, riconducendolo allo stesso momento in cui si riconduce il primo, ossia tenendo conto dei rispettivi valori come attualizzati al momento della decisione (Cass. n. 10035 del 24.5.2004).

Pertanto, al momento della liquidazione il giudice, sussistendo la regola cardine dell'esonero parziale del datore dalla responsabilità civile, deve detrarre dal *quantum* dei danni, quanto ottenuto e/o ottenibile dall'INAIL a titolo di danno biologico per effetto dell'assicurazione obbligatoria. Viceversa, se non si applicasse la regola dell'esonero del datore (ex art. 10 d.P.R. n. 1124 del 1965), quest'ultimo dovrebbe rispondere per intero del danno, nonostante l'inclusione del danno biologico nel novero dell'assicurazione INAIL.

3. Osservazioni

Nella sentenza in commento, alcune perplessità sussistono circa la scelta del giudice di prime cure di non riconoscere al ricorrente la lesione di un autonomo e distinto danno morale puro (richiesto, tra l'altro, nelle note conclusionali del ricorso introduttivo) in ragione della già disposta personalizzazione del danno biologico nella misura massima del venticinque per cento (25%) rispetto al valore del punto base.

Ebbene, così decidendo, il giudicante ha considerato il danno morale quale sofferenza soggettiva da va-

lutare congiuntamente al danno biologico, e – aderendo agli orientamenti espressi dalla Suprema Corte con la sentenza n. 26972 del 2008 – ha applicato un mero appesantimento del punto standard tabellare¹.

Il rischio, tuttavia, è di relegare il danno morale a mera sottocategoria del danno biologico, privandolo di quella autonomia concettuale che meriterebbe.

Pertanto, è opportuno soffermarsi sul concetto di unitarietà ed onnicomprensività del risarcimento del danno non patrimoniale, partendo dalle richiamate sentenze di San Martino, secondo cui: «il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. preclude la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno esistenziale, ecc...), che costituirebbero vere e proprie duplicazioni risarcitorie».

Quanto detto ci permette di specificare che per unitarietà del danno non patrimoniale deve intendersi che lo stesso danno non può essere liquidato due volte solo perché chiamato con nomi diversi²; viceversa, quando l'illecito produce perdite non patrimoniali eterogenee, la liquidazione dell'una non assorbe tutte le altre. Per cui, se è vero che il risarcimento del danno illecito presuppone che sia stato leso un interesse della vittima, e che da tale lesione sia derivata una perdita concreta intesa come diminuzione di valore di un bene o di un interesse, quando la suddetta perdita incide su beni oggettivamente diversi, come la validità psicofisica e/o gli aspetti relazionali della vittima, il giudice è tenuto a liquidare separatamente i due pregiudizi. In tal caso, a nulla osterebbe il principio di onnicomprensività del risarcimento del danno non patrimoniale, che ha lo scopo di evitare duplicazioni risarcitorie non verificatosi nel caso in esame in quanto il danno ha inciso su beni oggettivamente differenti.

Pertanto, a parere di chi scrive, tutte queste componenti fisiche e psichiche del dolore umano meriterebbero una maggiore attenzione ai fini di un più congruo calcolo tabellare; ciò in quanto, l'aumento personalizzato del 25% del punto base risulterebbe una somma troppo esigua rispetto alla privazione subita, meritevole di un autonomo e ben più consistente ristoro. Il rischio è quello di un "vuoto risarcitorio" a fronte del quale è auspicabile un intervento – normativo o giurisprudenziale – che vada a chiarire i numerosi dubbi che ancora persistono su questa disciplina.

¹ *cf.* Cass., sentenza n. 9320 dell'8 maggio 2015; Cass. sentenza n. 12594 del 18 giugno 2015.

² *cf.* Tribunale di Venezia, sez. lavoro, sentenza n. 1118 del 6 dicembre 2011.

Rosa Abagnale
Avvocato

Sull'opposizione alla cartella di pagamento, emessa ai fini della riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria comminata per violazione del codice della strada.

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 maggio - 22 settembre 2017, n. 22080

abstract

The United Sections of the Supreme Court of Cassation have made it clear that the payment receipt originates from a record of a violation of the road code non-notified, must be challenged, in the unenviable terms, within 30 days of notification of the folder.

keywords

Verification report – Missed notification – Opposition – Peremptory term.

abstract

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno chiarito che, la cartella di pagamento traente origine da un verbale di accertamento di violazione del codice della strada non notificato, deve essere impugnata, a pena di inammissibilità, nel termine perentorio di 30 giorni dalla notifica della cartella.

parole chiave

Verbale di accertamento – Omessa notifica – Opposizione – Termine perentorio.

L'opposizione alla cartella di pagamento, emessa ai fini della riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria comminata per violazione del codice della strada, va proposta, a pena di inammissibilità, ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 150/2011 – e quindi nel termine perentorio di 30 giorni – e non nelle forme della opposizione alla esecuzione ex art. 615 c.p.c., qualora il contribuente intende dedurre che essa costituisce il primo atto con il quale si è venuti a conoscenza della sanzione irrogata in ragione della nullità o dell'omissione della notificazione del verbale di accertamento della violazione del codice della strada.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 settembre 2017 n. 22080.

Primo Pres. Rordorf – Rel. Barreca

(Omissis)

Svolgimento del processo

1. F. I. ha agito in giudizio nei confronti di Roma Capitale e di Equitalia Sud S.p.A.- Agente della Riscossione dei Tributi per la Provincia di Roma, proponendo opposizione all'esecuzione contro una cartella di pagamento notificatagli per sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada. L'opponente ha dedotto di non avere ricevuto la notificazione del verbale di accertamento posto a base della cartella di pagamento impugnata.

Il Giudice di Pace di Roma ha dichiarato inammissibile la domanda. Il Tribunale di Roma ha rigettato l'appello ed ha confermato la decisione del primo giudice, con condanna dell'appellante I. al pagamento delle spese del grado in favore di entrambi gli appellati.

2. Per la cassazione di tale sentenza F. I. ha proposto ricorso con un motivo. Roma Capitale ha resistito con controricorso. Equitalia Sud S.p.A. non ha svolto attività difensiva.

Il ricorso è stato assegnato alla terza sezione civile e fissato per la trattazione all'udienza del 21 settembre 2016. All'esito di questa udienza, il Collegio, con ordinanza interlocutoria n. 21957 depositata il 28 ottobre 2016, ha disposto la trasmissione degli atti al primo presidente per la rimessione alle Sezioni Unite.

Fissata l'udienza dinanzi a queste ultime, Roma Capitale ha depositato memoria difensiva. Entrambi i procuratori hanno partecipato alla discussione orale.

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo il ricorrente denuncia falsa applicazione degli artt. 23 e seg. della legge n. 689 del 24 novembre 1981 e «ingiusta disapplicazione» dell'art. 615 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. Evidenza di avere proposto opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., dinanzi al Giudice di Pace di Roma, avverso la

cartella di pagamento n. 097 2011 02576699001, notificata in data 17 febbraio 2012, relativa a contravvenzioni per violazioni del codice della strada, per l'importo complessivo di € 133,00, deducendo l'omessa notificazione del verbale di accertamento e quindi, tra l'altro, la mancata formazione del titolo esecutivo e l'estinzione del diritto di credito per le sanzioni amministrative. Censura, quindi, la sentenza impugnata che, confermando quella di primo grado, ha reputato inammissibile l'opposizione, in quanto tardiva ai sensi degli artt. 23 e seg. della legge n. 689 del 1981, ed ha escluso la proponibilità dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ.. Il ricorrente sostiene che l'opposizione all'esecuzione, ai sensi della norma appena citata, è rimedio esperibile in via autonoma e senza limiti di tempo quando si contesti la legittimità dell'iscrizione a ruolo per difetto del titolo esecutivo, in alternativa all'opposizione da proporsi ai sensi dell'art. 23 della legge n. 689 del 1981 (peraltro abrogato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150). Vengono richiamate diverse pronunce di legittimità favorevoli all'assunto del ricorrente.

1.1. Roma Capitale ribadisce la soluzione dei giudici di merito, assumendo che, nell'ipotesi in esame, l'unica opposizione proponibile sia quella c.d. recuperatoria, che va avanzata nel termine di sessanta o di trenta giorni (a seconda della disciplina applicabile *ratione temporis*) decorrente dalla notificazione della cartella di pagamento. Anche la controricorrente cita, a conforto, diverse pronunce di legittimità.

2. L'ordinanza interlocutoria n. 21957 del 28 ottobre 2016 ha chiesto la rimessione a queste Sezioni Unite, dando atto della difformità di orientamenti nella giurisprudenza della Corte, riassunta nei seguenti termini: - in base ad alcune pronunzie (soprattutto della seconda sezione civile, nell'ambito della quale l'indirizzo appare consolidato), l'opposizione proposta avverso la cartella di pagamento notificata dall'agente della riscossione sulla base di verbali di accertamento di infrazioni al codice della strada, e volta a contestare che detti verbali non siano stati notificati affatto, o non lo siano stati nel termine previsto dall'art. 201, comma 1, C.d.S., costituisce contestazione dell'inesistenza del titolo esecutivo posto a base dell'esecuzione esattoriale, e quindi va qualificata come opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., in quanto diretta a negare l'esistenza del titolo esecutivo, e pertanto non è soggetta a termini. Si citano, in questo senso, tra le altre, sez. 2, ord. n. 4814 del 25 febbraio 2008; sez. 2, sent. n. 29696 del 29 dicembre 2011; tra le più recenti: sez. 6 - 2, ord. n. 19579 del 30 settembre 2015; sez. 2, sent. n. 3751 del 25 febbraio 2016; sez. 2, sent. n. 14125 dell'11 luglio 2016; - per altre pronunzie, invece (soprattutto della terza sezione civile, nell'ambito della quale tale indirizzo pare ormai consolidato), la contestazione dell'omessa o tardiva no-

tificazione del verbale di accertamento dell'infrazione nel termine di cui all'art. 201, comma 1, C.d.S., anche se introdotta come opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., va comunque (ri)qualificata come opposizione "recuperatoria" ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689 del 1981, e quindi è soggetta al relativo termine, in quanto le contestazioni basate su fatti impeditivi della formazione del titolo esecutivo, debbono essere fatte valere con il mezzo predisposto dall'ordinamento per impedire questa formazione, al cui utilizzo l'interessato - che non abbia avuto conoscenza del procedimento - è ammesso allorché riceva quella conoscenza, imponendosi una sua automatica rimessione in termini; con la conseguenza che, se la parte ha conoscenza del (preteso) titolo esecutivo soltanto con la cartella di pagamento o con l'intimazione di pagamento, deve proporre l'opposizione ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689 del 1981 (o dell'art. 204-bis del C.d.S.), e non l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, comma primo, cod. proc. civ., con cui non si possono dedurre fatti inerenti la formazione del titolo esecutivo. Si citano, in questo senso, tra le più recenti: sez. 3, n. 1985 del 29 gennaio 2014; sez. 3, n. 12412 del 16 giugno 2016; sez. 3, n. 15120 del 22 luglio 2016; sez. 3, n. 16282 del 4 agosto 2016.

L'ordinanza interlocutoria evidenzia come alla base del contrasto giurisprudenziale stanno diverse questioni, con implicazioni di sistema idonee ad influenzare la decisione in un senso o nell'altro, quali l'individuazione dell'oggetto delle opposizioni ad ordinanze-ingiunzione di pagamento di sanzioni amministrative e dell'oggetto e dei limiti dell'opposizione all'esecuzione, nonché i rapporti tra i due rimedi oppositivi ed i limiti in cui gli stessi possano eventualmente sovrapporsi o debbano vicendevolmente escludersi; ed ancora, i limiti del relativo potere del giudice di qualificazione dell'opposizione, tenuto conto anche del fatto che «in pratica, nella stragrande maggioranza dei casi, vengono proposte opposizioni fondate cumulativamente su plurimi e diversi motivi di distinta natura (talvolta anche incompatibili, o avanzati in via gradata tra loro) in genere senza adeguata qualificazione». Il Collegio della terza sezione civile ha quindi trasmesso gli atti al primo presidente per la rimessione alle Sezioni Unite al fine di dirimere il descritto contrasto giurisprudenziale ed anche al fine di affermare il principio di diritto da seguire nel risolvere la corrispondente questione di massima di particolare importanza, così ritenuta per la frequenza statistica della tipologia del contenzioso e per le implicazioni sistematiche della soluzione da adottare.

3. Malgrado queste innegabili implicazioni sistematiche, va premesso che oggetto della presente pronuncia è esclusivamente la questione posta dal ricorso, concernente la qualificazione dell'azione da esercitarsi da parte del destinatario di una cartella di pagamento notificata dall'agente della riscossione per il pagamento

di sanzioni amministrative relative a violazioni del codice della strada, quando l'interessato intenda dedurre che il verbale di accertamento dell'infrazione non gli sia stato notificato o sia stato notificato invalidamente ovvero oltre il termine di legge. Ne consegue l'altra premessa, concernente la normativa di riferimento. Questa è costituita dagli artt. 201, 203, 204-*bis* del decreto legislativo n. 285 del 30 aprile 1992 (Codice della Strada) e succ. mod. e dall'art. 7 del decreto legislativo n. 150 del 10 settembre 2011. Il meccanismo disciplinato da queste norme per sanzionare gli illeciti previsti dal codice della strada è parzialmente diverso da quello disciplinato dalla legge 24 novembre 1981 n. 689 per gli altri illeciti amministrativi e l'applicazione delle relative sanzioni; di tali differenze occorre tenere conto nell'individuare la soluzione della questione posta a queste Sezioni Unite.

3.1. Sia nel sistema delineato dal d.lgs. n. 285 del 1992 che in quello che risulta dopo l'intervento di semplificazione del d.lgs. n. 150 del 2011 le differenze vengono meno soltanto se l'interessato fa ricorso al prefetto avverso la contestazione, ai sensi dell'art. 203 C.d.S., ed il prefetto emette l'ordinanza-ingiunzione ai sensi del successivo art. 204; contro l'ordinanza-ingiunzione può essere proposto ricorso al giudice e, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011, si applica l'art. 6, che disciplina l'opposizione alle ordinanze-ingiunzione emesse anche ai sensi della legge n. 689 del 1981 (analogamente a quanto accadeva nel vigore dell'art. 205 C.d.S., il cui terzo comma rinviava per il giudizio di opposizione contro l'ordinanza-ingiunzione del prefetto agli artt. 22 e 23 della legge n. 689 del 1981). In alternativa al ricorso al prefetto, l'interessato si può avvalere del ricorso al giudice di pace ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, impugnando direttamente il verbale

di accertamento di violazione del codice della strada, così come previsto dal testo attuale dell'art. 204 bis C.d.S., sostituito dall'art. 34 del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha diversamente disciplinato l'analogo rimedio comunque già contemplato dal testo previgente dell'art. 204 bis (prima inserito dall'art. 4, D.L. 27.06.2003, n. 151 come modificato dall'allegato alla L. 01.08.2003, n. 214 con decorrenza dal 13.08.2004, poi modificato dall'art. 39 L. 29.07.2010, n. 120 con decorrenza dal 13.08.2010). Se il destinatario della contestazione non si avvale né del ricorso al prefetto né del ricorso al giudice di pace il verbale di accertamento diviene definitivo.

3.2. Rispetto al sistema delineato dalla legge n. 689 del 1981, la peculiarità rilevante ai fini della decisione è data dall'efficacia di titolo esecutivo che il verbale di accertamento acquista, in deroga all'art. 17 della legge n. 689 del 1981, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 203 C.d.S., per l'ipotesi in cui l'interessato non si avvalga del ricorso al prefetto né effettui il pagamento in misura ridotta. Per risolvere il contrasto

evidenziato dall'ordinanza di rimessione occorre occuparsi del (la modalità di formazione del) titolo esecutivo costituito dal verbale di accertamento di violazione del codice della strada, dei suoi apporti con la pretesa sanzionatoria dell'ente impositore e dei rimedi concessi al privato per reagire a questa pretesa.

4. Quanto alla formazione del titolo esecutivo costituito dal verbale di accertamento, va premesso che si tratta di un «titolo esecutivo» del tutto peculiare; esso consente all'ente che irroga la sanzione di avviare la riscossione coattiva, iscrivendo al ruolo esattoriale le somme pretese per la sanzione amministrativa e gli accessori. Questa idoneità del verbale di accertamento viene meno, ai sensi dello stesso art. 203 C.d.S., in caso di ricorso al prefetto (a cui può eventualmente seguire la formazione dell'ordinanza-ingiunzione, che è titolo esecutivo stragiudiziale, di provenienza e contenuto differenti) ovvero in caso di pagamento in misura ridotta (che chiude la vicenda in sede amministrativa). Coerentemente con la disciplina dettata dall'art. 203 C.d.S., il ricorso al giudice di pace ai sensi dell'art. 204 bis C.d.S. (ed, oggi, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011) contro il verbale di accertamento non impedisce che questo acquisti efficacia esecutiva, tanto è vero che è possibile soltanto la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato rimessa al giudice dell'opposizione, ai sensi del comma 3-*ter* del previgente art. 204-*bis* C.d.S. (oggi ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 150 del 2011, richiamato dal sesto comma dell'art. 7). Questa efficacia – in mancanza di sospensione – consente all'ente impositore di procedere all'iscrizione a ruolo, anche in pendenza di giudizio di opposizione. Peraltro, nel caso di rigetto dell'opposizione, la sentenza, sostituendosi al verbale come titolo esecutivo sulla base del quale iniziare (o proseguire) la riscossione coattiva, determina l'importo della sanzione in una misura compresa tra il minimo ed il massimo edittale stabilito dalla legge per la violazione accertata. Il meccanismo è differente da quello che si mette in atto quando sia impugnata l'ordinanza-ingiunzione, la quale, in caso di rigetto dell'opposizione, rimane l'unico titolo esecutivo idoneo a fondare la riscossione coattiva. Le differenze emergono dalle previsioni degli artt. 23 della legge n. 689 del 1981 (oggi, dell'art. 6, comma dodici, del d.lgs. n. 150 del 2011) e 204 bis, comma quinto, C.d.S. (oggi dell'art. 7, comma undici, del d.lgs. n. 150 del 2011). La disciplina differente si spiega perché il verbale di accertamento di violazione del codice della strada acquista l'efficacia esecutiva con una modalità di formazione semplificata rispetto a quella prevista per l'ordinanza-ingiunzione. Quest'ultima costituisce titolo esecutivo – come sancito dall'art. 18, ultimo comma, primo inciso, della legge n. 689 del 1981 – solo dopo che il funzionario o l'agente che ha accertato la violazione abbia presentato il rapporto ai sensi del citato art. 17 della stessa legge e l'autorità competente abbia provveduto ai sensi del

successivo art. 18, determinando la somma dovuta per la violazione ed ingiungendone il pagamento. Il verbale di accertamento non contiene un'ingiunzione di pagamento. Esso ha portata ricognitiva dell'obbligo di pagare la somma dovuta a titolo di sanzione amministrativa, che nasce autonomamente dalla commissione dell'infrazione al codice della strada. Per effetto dell'accertamento ed in caso di mancato pagamento in misura ridotta, è la legge a fissare la somma da pagare, come determinata dall'art. 203, ult. co., C.d.S., ed a consentirne la riscossione mediante ruolo esattoriale, anche ai sensi del sopravvenuto art. 17 del d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, oltre che dell'art. 27 della legge n. 689 del 1981. Stando al testo dell'art. 203 C.d.S., nonché al testo dell'art. 204 bis C.d.S. (ed, oggi, dell'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011), perché il verbale di accertamento

costituisca «titolo esecutivo» è sufficiente l'omesso ricorso alla tutela amministrativa e l'omesso pagamento in misura ridotta da parte del trasgressore, poiché la somma da iscrivere a ruolo è predeterminata per legge. Il verbale di accertamento – definito dal codice della strada come «titolo esecutivo» – è provvedimento dell'amministrazione che, dotato di efficacia esecutiva, consente la formazione del ruolo esattoriale, il quale, a sua volta, «costituisce titolo esecutivo» per l'espropriazione forzata (arg. ex art. 49 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602), sia in caso di opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria sia in caso di mancata opposizione del verbale di accertamento.

4.1. Gli articoli del codice della strada da ultimo citati non si occupano direttamente della notificazione del verbale di accertamento né degli effetti della mancata notificazione. Questi ultimi sono previsti dall'art. 201, comma quinto, C.d.S. che – con disposizione analoga a quella contenuta nell'art. 14, ult. co., della legge n. 689 del 1981 – sancisce che «l'obbligo di pagare la somma dovuta per la violazione, a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria, si estingue nei confronti del soggetto a cui la notificazione non sia stata effettuata nel termine prescritto». La norma, letteralmente interpretata, delinea un fatto estintivo di quell'obbligo che, come si è detto, sorge a carico del trasgressore per effetto della commissione dell'illecito amministrativo. La regola in esame ha portata sostanziale. In sintesi, la notificazione del verbale di accertamento, per come delineata dal legislatore nella norma apposita, non è presupposto di esistenza del titolo esecutivo. Piuttosto, è fatto costitutivo del (mantenimento del) diritto dell'amministrazione ad ottenere il pagamento della sanzione, in quanto l'omessa notificazione estingue questo diritto. Si tratta di un fatto estintivo del diritto di credito per sanzione amministrativa che, pur operando sul piano sostanziale, non attiene al rapporto, ma all'agire dell'amministrazione, impedendo non tanto la formazione del titolo esecutivo stragiudiziale quanto il completamento della fattispecie sostanziale

che dà luogo alla pretesa sanzionatoria e che consente la riscossione coattiva.

4.2. D'altronde, non vi è nel codice della strada altra norma che affermi che la notificazione del verbale di accertamento costituisca presupposto per la venuta ad esistenza del corrispondente titolo esecutivo stragiudiziale. Piuttosto, al menzionato art. 201, comma quinto, va correlato l'incipit dell'ultimo comma dell'art. 203 C.d.S. nei termini che seguono. Alla disposizione che individua la fattispecie complessa dal punto di vista sostanziale, al maturarsi della quale si determina l'effetto favorevole per l'amministrazione, si collega una modalità procedimentale di formazione di un «titolo esecutivo» del tutto peculiare. Questa modalità prevede un atto di accertamento proveniente dall'amministrazione alla quale appartiene l'organo accertatore, cui non segua una manifestazione di volontà contraria del destinatario della sanzione, nella forma del ricorso al prefetto o all'autorità giudiziaria ordinaria.

4.3. Nel sistema che ne risulta la notificazione tempestiva del verbale di accertamento attiene quindi alla modalità di formazione del titolo esecutivo, ma la violazione dell'obbligo di notificazione tempestiva che incombe sull'amministrazione non impedisce la venuta ad esistenza del «titolo esecutivo», piuttosto dà luogo ad un titolo esecutivo viziato formalmente, perché è stato invalido od irregolare il suo procedimento di formazione. Se si guarda alla (tempestiva) notificazione del verbale di accertamento dal punto di vista procedurale – prescindendo per il momento dalle conseguenze dell'art. 201, comma quinto, C.d.S. di cui sopra e su cui si tornerà – essa si configura come requisito di validità del titolo esecutivo che, pur esistente e dotato di efficacia esecutiva, se non notificato, resta tuttavia contestabile, malgrado l'iscrizione al ruolo esattoriale che ne è seguita, perché colui che avrebbe dovuto contestarlo non è stato messo in condizione di conoscere l'accertamento. Il verbale è provvedimento (ed anche titolo) esecutivo pur non essendo definitivo l'accertamento in esso contenuto. Che la notificazione tempestiva non sia un requisito di esistenza, ma soltanto di validità nei termini appena esposti, è reso più evidente dalla considerazione dell'ipotesi della notificazione del verbale di accertamento effettuata oltre il termine di legge. In questa situazione, non essendo stata impedita la conoscenza della contestazione da parte del destinatario della sanzione, la mancata proposizione del ricorso al prefetto ed il mancato pagamento in misura ridotta non potrebbero non dare luogo all'esecutività del provvedimento sanzionatorio, non solo esistente ma anche notificato; laddove l'eventuale ricorso al giudice di pace per fare valere la tardività della notificazione non impedirebbe, di per sé, come detto sopra, l'efficacia esecutiva del titolo stragiudiziale, pur invalidamente formato. Analoga è la situazione determinata dalla nullità della notificazione del verba-

le di accertamento. Orbene, nel sistema delineato dal codice della strada (ed, oggi, dall'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011) il rimedio tipico per fare valere i vizi del titolo esecutivo costituito dal verbale di accertamento va individuato nell'opposizione a questo verbale, senza alcuna distinzione tra diversi vizi di forma (non essendovi un apparato normativo che – pur tenendo conto delle debite differenze – consenta di distinguere tra inesistenza, da un lato, e nullità o tardività della notificazione dall'altro, come è per il decreto ingiuntivo, secondo giurisprudenza oramai consolidata). In particolare, la violazione delle regole di formazione del titolo stragiudiziale deve essere fatta valere col rimedio tipico, sia che si tratti di violazioni che abbiano impedito del tutto la conoscenza della contestazione sia che si tratti di violazioni che questa conoscenza abbiano consentito, ma abbiano comunque viziato il titolo, irregolarmente formato.

4.4. Non osta alla conclusione raggiunta l'obiezione, di ordine sistematico, fatta propria dai sostenitori del contrario orientamento, secondo cui, seguendo il ragionamento che la sorregge, si finisce per trattare il titolo stragiudiziale de quo alla stregua di un titolo giudiziale, quanto ai rimedi oppositivi disponibili in capo all'interessato, che venga attinto dalla minaccia dell'esecuzione coattiva (id est, della riscossione coattiva delle somme iscritte a ruolo), dal momento che – dalla ricostruzione di cui sopra – consegue che con l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. può fare valere soltanto i fatti estintivi od impeditivi sopravvenuti, non tanto (o non solo) alla formazione del titolo, quanto alla sua definitività.

Il titolo stragiudiziale di che trattasi, oltre ad essere connotato dalle peculiarità su evidenziate, non è affatto equiparabile a quelli contemplati dai numeri 2 e 3 dell'art. 474 cod. proc. civ. Non vi è dubbio che la legge n. 689 del 1981 ed, ancor di più, il codice della strada pongano l'ente impositore in una posizione differenziata e privilegiata, che si giustifica in quanto la formazione del titolo esecutivo e l'iscrizione al ruolo esattoriale non trovano causa in rapporti di diritto privato, ma nella commissione di illeciti amministrativi. Il modello di riferimento è costituito dall'accertamento tributario. L'avviso di accertamento o di liquidazione del tributo va notificato, così come va notificato il provvedimento che irroga le sanzioni, ma la notificazione omessa od invalida non impedisce l'iscrizione al ruolo di tributo esazioni, cioè la formazione, sia pur invalida, di un titolo esecutivo (fatta salva la possibilità di impugnare l'atto adottato precedentemente unitamente all'atto successivo notificato, di cui all'ultimo comma dell'art. 19 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546). La tutela del privato non è più compressa rispetto a quella assicurata per reagire alla formazione degli altri titoli esecutivi di natura stragiudiziale aventi causa in rapporti di diritto privato. Non va perso di vista il dato normativo per il quale, per contrastare il

titolo stragiudiziale di che trattasi, l'ordinamento mette a disposizione dell'interessato un rimedio "speciale", appositamente destinato ad evitare che divenga definitivo l'accertamento consacrato nel verbale di contestazione della violazione del codice della strada. L'opposizione di cui agli artt. 22 e 23 della legge n. 689 del 1981 e 204 bis C.d.S. (ed oggi di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 150 del 2011) è rimedio omnicomprensivo e idoneo alla delibazione da parte del giudice ordinario di qualsivoglia vizio dell'atto sanzionatorio, compresi i vizi che attengono al procedimento seguito per la sua formazione.

5. Una volta escluso che l'omessa (o la tardiva o l'invalida) notificazione del verbale di accertamento impedisca la formazione del titolo esecutivo, influenzando piuttosto la regolarità formale dell'azione della p.a., va esclusa la possibilità di esperire l'opposizione all'esecuzione, ove fondata sulla causa petendi della (asserita) mancanza di titolo esecutivo. Resta tuttavia da verificare la praticabilità del rimedio dell'art. 615 cod. proc. civ. per dedurre il fatto contemplato dall'art. 201, comma quinto, C.d.S., considerato di per sé, quale fatto estintivo del diritto di credito ovvero quale fatto impeditivo del diritto ad agire esecutivamente in capo alla p.a.

6. Prima di affrontare quest'ultima verifica, pare opportuno dare conto degli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza di legittimità nel ricostruire i rapporti tra l'opposizione di cui all'art. 615 cod. proc. civ. e l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione (o, più specificamente, al verbale di accertamento delle violazioni del codice della strada). Nella giurisprudenza meno recente costituisce ius receptum l'affermazione per la quale avverso l'iscrizione a ruolo e la notificazione della cartella esattoriale per la riscossione di una sanzione amministrativa va esperita l'opposizione ai sensi degli artt. 22 e 23 della legge n. 689 del 1981 in caso di mancata preventiva notificazione del provvedimento sanzionatorio (così, tra le altre, Cass. S.U. 10 gennaio 1992, n. 190; Cass. S.U. 23 novembre 1995, n. 12107; Cass. 26 agosto 1996, n. 7830; 2 settembre 1997, n. 8380; 11 dicembre 1998, n. 12487; 11 febbraio 1999, n. 1149; 15 febbraio 1999, n. 1227; 14 giugno 1999, n.

5852; 30 agosto 1999, n. 9138; 29 ottobre 1999, n. 12192; 27 novembre 1999, n. 13242; 25 gennaio 2000, n. 799). L'orientamento è dato per consolidato anche dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 489 del 13 luglio 2000, la quale, per come è fatto palese dalla relativa motivazione, non lo smentisce affatto, ma anzi, dandone atto (mediante i richiami della giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite, in particolare di Cass. S.U. n. 190/1992 cit.), lo conferma per l'ipotesi qui in esame dell'omessa od irregolare notificazione del provvedimento sanzionatorio (o del verbale di accertamento della violazione al codice della strada). Perciò, finisce per contrapporre, al rimedio tipico, il rimedio dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art.

615 cod. proc. civ. come esperibile qualora l'interessato voglia far valere fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo (che le stesse Sezioni Unite individuano in «morte del soggetto passivo, pagamento, prescrizione»). Nello stesso senso si esprime, per un lungo periodo, la giurisprudenza successiva (sia delle Sezioni Unite, con le sentenze del 13 luglio 2000, n. 491 e del 18 agosto 2000, n. 562, sia delle sezioni ordinarie, tra le altre, con le sentenze del 9 marzo 2001, n. 3449 e del Cass. 27 settembre 2001, n. 12098). Lungo le medesime linee direttrici si muovono, oltre a Cass. 7 maggio 2004, n. 8695 e Cass. 15 febbraio 2005, n. 3035, le sentenze del 18 luglio 2005, n. 15149 e del 20 aprile 2006, n. 9180, impropriamente citate a sostegno dell'orientamento favorevole alla proponibilità dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. per dedurre il vizio di omessa od invalida notificazione del verbale di accertamento della contravvenzione al codice della strada. Ed invero, sia l'una che l'altra -sintetizzando il percorso, del tutto univoco, svolto dalla giurisprudenza di legittimità su richiamata- ribadiscono che il rimedio praticabile quando sia mancata la notificazione dell'ordinanza ingiunzione o del verbale di accertamento di violazione del codice della strada è l'opposizione ai sensi della legge n. 689 del 1981, mentre l'opposizione all'esecuzione è il rimedio da praticare quando si contestino fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo. Le motivazioni svolgono argomentazioni coerenti con questa conclusione. Le massime ufficiali tratte dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo possono tuttavia indurre perplessità laddove inseriscono, tra le ipotesi che legittimano l'esperimento dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ., la contestazione della «legittimità dell'iscrizione al ruolo per mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione stessa» (massima di Cass. n. 15149/05 cit., sub b) ovvero la contestazione della «legittimità dell'iscrizione a ruolo per omessa notifica della stessa cartella, e quindi per la mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione a ruolo» (massima di Cass. n. 9180/06 cit., sub b). Tuttavia, nessuna delle due sentenze confuta l'elaborazione giurisprudenziale precedente, che viene da entrambe espressamente confermata; in particolare, nessuna delle due sentenze inserisce tra i casi di «mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione» al ruolo esattoriale quello della mancanza o della tardività o dell'invalidità della notificazione del verbale di accertamento di violazione al codice della strada; con l'espressione in parola entrambe le decisioni si riferiscono a fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo, che, operando sul piano del rapporto (e non dell'atto), abbiano estinto il diritto di credito dell'ente impositore (quale è la prescrizione, considerata da Cass. n.15149/05) ovvero – si può aggiungere, malgrado il concetto non sia esplicitato nelle motivazioni delle sentenze in esame – fatti che abbiano estinto il diritto di agire esecutivamente, ma

sempre in epoca successiva alla formazione del titolo esecutivo.

Giova precisare, infatti, che a quest'ultima eventualità è riferito il precedente di cui a Cass. 12 aprile 2002, n. 5279. Questa decisione distingue tra vizi che attengono alla formazione del titolo, sulla base del quale il ruolo è stato formato (da dedurre con l'opposizione ai sensi della legge n. 689 del 1981), e fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo, che però hanno reso illegittima l'iscrizione a ruolo (da dedurre con l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art.615 cod. proc. civ.). Nel caso posto all'attenzione della Corte un fatto estintivo sopravvenuto di tale secondo tipo è stato

individuato nella «interventiva decadenza dell'amministrazione dalla pretesa creditoria per non aver tempestivamente provveduto alla formazione del ruolo ed all'invio dello stesso all'Intendenza di finanza competente». E' evidente che quest'ultimo vizio non possa essere dedotto altrimenti che con l'opposizione all'esecuzione, in quanto prescinde del tutto dalla notificazione del provvedimento sanzionatorio, che anzi presuppone, così come presuppone un fatto che si è verificato tra questa notificazione e la formazione del ruolo esattoriale (al quale il destinatario può reagire solo dopo che il ruolo gli sia stato reso noto mediante la notificazione della cartella di pagamento).

La giurisprudenza successiva ripete la massima tratta da Cass. n. 15149/05 e ne fa coerente applicazione (cfr., tra le altre, Cass.13 marzo 2007, n. 5871).

6.1. Piuttosto, con riferimento all'opposizione al verbale di accertamento delle violazioni del codice della strada, proposta, per dedurne l'omessa o la tardiva od invalida notificazione, dopo la notificazione della cartella esattoriale, emerge un contrasto giurisprudenziale relativo a questione diversa da quella del rapporto tra questa opposizione e l'opposizione all'esecuzione. Questo contrasto ha riguardato la durata del termine per la proposizione dell'opposizione c.d. recuperatoria (espressione, sulla quale si tornerà), individuato in trenta ovvero in sessanta giorni (decorrenti dalla notificazione della cartella di pagamento), a seconda che si ritenesse applicabile il regime generale dell'art. 22 della legge n. 689 del 1981 ovvero quello speciale dell'art. 204 bis C.d.S., ma sempre nel presupposto che fosse esclusa l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ. (cfr., tra le prime, Cass. 7 agosto 2007, n. 17312, cui sono seguite numerose altre). La questione ha perso di attualità dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011, avendo gli artt. 6 e 7 fissato lo stesso termine di decadenza di trenta giorni per proporre opposizione.

6.2. Il rimedio dell'opposizione all'esecuzione è invece individuato come praticabile contro la cartella esattoriale, per dedurre il vizio di notificazione del verbale di accertamento, a far data dal precedente costituito da Cass. ord. 25 febbraio 2008, n. 4814 (non

massimata), al quale è seguita la sentenza di cui a Cass. 29 dicembre 2011, n. 29696 (non massimata): la prima distingue tra nullità della notificazione del verbale (che ritiene vizio deducibile col rimedio tipico dell'opposizione ai sensi della legge n. 689 del 1981) ed inesistenza di detta notificazione (che ritiene vizio impeditivo della formazione del titolo esecutivo, da dedurre con opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ.); la seconda non distingue le due fattispecie, argomentando piuttosto in base al disposto dell'art. 201, comma quinto, C.d.S., reputato norma che individua un fatto estintivo sopravvenuto alla formazione del titolo, quindi da fare valere ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ. (secondo quanto si assume affermato dal precedente costituito da Cass. n. 9180/06, citata in motivazione). Ancora, mentre la successiva Cass. 25 febbraio 2016, n. 12412 torna sull'argomento dell'inesistenza del titolo esecutivo per ritenere esperibile l'opposizione all'esecuzione quando sia mancata la notificazione del verbale di accertamento, la più recente Cass. 11 luglio 2016, n. 14125 ribadisce la tesi della sopravvenuta estinzione del titolo (e/o del diritto), accomunando in questo effetto sia l'ipotesi dell'omessa che quella della tardiva od invalida notificazione del verbale di accertamento, cui perciò ritiene possibile reagire con opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ.

7. Queste Sezioni Unite ritengono che vada disatteso quest'ultimo orientamento, vada ribadito il principio di diritto già espresso dal precedente, pure a Sezioni Unite, del 10 gennaio 1992, n. 190 e vada confermato l'orientamento successivamente precisato dalle stesse Sezioni Unite con le sentenze 13 luglio 2000, n. 489 e n. 491 e con la sentenza 10 agosto 2000, n. 562 ed, infine, riassunto nella massima tratta da Cass. sez. I, 18 luglio 2005, n. 15149, confermata da diverse alte decisioni successive, tra cui, da ultimo, quelle indicate nell'ordinanza interlocutoria (n. 1985 del 29 gennaio 2014 e n. 12412 del 16 giugno 2016; nonché, sia pure con argomentazioni in parte differenti, n. 15120 del 22 luglio 2016 e n. 16282 del 4 agosto 2016). Le ragioni per le quali questo orientamento è valido anche in presenza delle norme degli artt. 201, comma quinto, e 203, ultimo comma, C.d.S. si evincono da quanto detto sopra a proposito del fatto estintivo contemplato dalla prima e della modalità di formazione del titolo esecutivo stragiudiziale contemplate dalla seconda. S'impongono al riguardo le seguenti precisazioni.

7.1. La prima precisazione attiene al modo di operare del fatto estintivo dell'obbligo di pagare la somma dovuta per la violazione, a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria, previsto dall'art. 201, comma quinto, C.d.S. e costituito dalla omessa od intempestiva notificazione del verbale. Si è già detto che si tratta di un fatto estintivo dell'obbligo di pagamento (obbligo, che sorge per legge al momento della commissione

dell'illecito) e che non attiene direttamente alle vicende del credito che ne è oggetto, bensì all'agire amministrativo nella formazione dell'atto sanzionatorio. La notificazione tempestiva si viene perciò a configurare come elemento costitutivo della fattispecie sanzionatoria. La sua mancanza, quindi, non è equiparabile agli altri fatti estintivi dell'obbligazione di pagamento di diritto comune, come la prescrizione, la morte dell'obbligato ed il pagamento. Il fatto estintivo non è successivo al sorgere della pretesa sanzionatoria della p.a. ed, a maggior ragione, non è successivo alla formazione del titolo esecutivo, ma contestuale all'una ed all'altro. Sciogliendo quindi la riserva sopra formulata a proposito della deducibilità di questo fatto estintivo con opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ., va affermato che esso non rientra tra i fatti successivi alla formazione del titolo esecutivo che, estinguendo il diritto di credito consacrato in questo titolo (di natura giudiziale o stragiudiziale), fanno venire meno il diritto di agire esecutivamente. Una volta divenuto definitivo l'accertamento contenuto nel verbale non opposto è preclusa la verifica della sussistenza dei fatti costitutivi/impeditivi della pretesa sanzionatoria in esso consacrata, tra cui anche la notifica/omessa notifica del verbale.

7.2. La seconda precisazione attiene all'ambito oggettivo di operatività del giudizio di opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada. Sebbene sia con riferimento a quest'ultimo che, più in generale, con riferimento all'oggetto del giudizio di opposizione a sanzione amministrativa si discuta se esso riguardi soltanto (la legittimità del)l'atto od anche il rapporto di credito (e le sue vicende), non è qui necessario approfondire i termini del dibattito, malgrado le sollecitazioni dell'ordinanza di rimessione. Non vi è dubbio che, attenendo la notificazione tempestiva al fatto costitutivo della pretesa sanzionatoria, questa rientri nell'oggetto del giudizio di opposizione al verbale di accertamento. L'azione diretta all'autorità giudiziaria ordinaria per dedurre il fatto estintivo/impeditivo costituito dalla omessa, tardiva od invalida notificazione del verbale di accertamento allora è quella attualmente disciplinata dall'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011. Se l'interessato non è stato posto in condizioni di fruire di questa azione, la stessa dovrà essere esercitata nel termine di trenta giorni dalla notificazione della cartella di pagamento, non potendo operare la decadenza se non a seguito della conoscenza dell'atto sanzionatorio da impugnare (cfr. Cass. 4 agosto 2016, n. 16282). Peraltro, ove questo atto sia stato conosciuto dall'interessato a seguito di notificazione valida, ma intervenuta oltre il termine dell'art. 201 C.d.S., l'azione dovrà essere esercitata nel termine di trenta giorni decorrente dalla notificazione (tardiva) del verbale di accertamento, non essendovi ragioni di tutela del destinatario della sanzione che impongano di attendere la notificazione della cartella di pagamento. E' vero

che l'opposizione tipica si deve estrinsecare nella proposizione di un motivo di opposizione tendente ad inficiare la sussistenza delle condizioni di legge per emettere il provvedimento sanzionatorio, ma queste non attengono soltanto al merito della sanzione ma anche al procedimento di formazione del titolo che consente la riscossione esattoriale una volta divenuto definitivo (cfr. già Cass. S.U. 10 gennaio 1992, n. 190). Se il procedimento è viziato per omessa, invalida o tardiva notificazione del verbale di accertamento, il rimedio sarà appunto quello dell'opposizione a questo verbale ai sensi dell'art. 7 del d.lgv. n. 150 del 2011. Se proposta come opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., la stessa azione va diversamente qualificata dal giudice adito, essendo a questi riservata l'attività di qualificazione della domanda, tenuto conto della causa petendi e del petitum esposti dalla parte.

7.3. S'impone tuttavia un'ulteriore precisazione, che serve a chiarire un punto non affrontato nei precedenti giurisprudenziali su citati come espressione dell'orientamento qui preferito, e che involge anche una questione terminologica. L'azione esercitata dopo la notificazione della cartella di pagamento per dedurre il vizio di notificazione del verbale di accertamento, come sopra delineata, non è un'azione "recuperatoria" in senso proprio. Tale, infatti, si configura l'azione che venga esperita contro l'ordinanza-ingiunzione non notificata, oggi ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, recuperando, appunto, dopo la notificazione della cartella di pagamento, il mezzo di tutela del quale la parte non si è potuta tempestivamente avvalere per l'omessa od invalida notificazione dell'ordinanza-ingiunzione. In questa eventualità, il destinatario dell'ingiunzione (e della cartella) può "recuperare" tutte le difese che avrebbe potuto svolgere avverso l'ordinanza-ingiunzione, sia sul piano formale (riguardanti perciò il procedimento di formazione del titolo) sia sul piano sostanziale (riguardanti perciò la pretesa sanzionatoria). Viceversa, quando viene "recuperata", dopo la notificazione della cartella di pagamento, l'azione oggi disciplinata dall'art. 7 del d.lgv. n. 150 del 2011 per dedurre l'omessa od invalida notificazione del verbale di accertamento, non vi è spazio per lo svolgimento di difese diverse da questa, specificamente per difese nel merito della pretesa sanzionatoria. Infatti, se l'amministrazione – che è onerata della relativa prova, in ragione della natura di fatto costitutivo riconosciuto alla notificazione tempestiva – non dimostra di avere eseguito tempestivamente e validamente la notificazione del verbale di accertamento, la pretesa sanzionatoria è estinta. In sintesi, ciò che viene "recuperato" è la possibilità per il destinatario della pretesa di dedurre il fatto estintivo/impeditivo dell'omessa od invalida notificazione. Questa considerazione consente di superare la perplessità, fatta propria dall'ordinanza di rimessione, dell'idoneità della notificazione della cartella di pagamento, che si fondi su un verbale di accertamen-

to di infrazione al codice della strada, a consentire la contestazione nel merito di quest'ultimo. È sufficiente al "recupero" di che trattasi il richiamo del verbale di accertamento nei suoi termini identificativi. Infatti, se, per contro, l'amministrazione dimostri di avere ottemperato validamente alla notificazione, l'opposizione non potrà che essere dichiarata inammissibile: ogni difesa, anche di merito, è preclusa poiché si sarebbe dovuta svolgere nel termine di trenta giorni decorrente da quella notificazione. In conclusione va affermato il seguente principio di diritto: «L'opposizione alla cartella di pagamento, emessa ai fini della riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria comminata per violazione del codice della strada, va proposta ai sensi dell'art. 7 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 e non nelle forme della opposizione alla esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ., qualora la parte deduca che essa costituisce il primo atto con il quale è venuta a conoscenza della sanzione irrogata in ragione della nullità o dell'omissione della notificazione del processo verbale di accertamento della violazione del codice della strada. Il termine per la proponibilità del ricorso, a pena di inammissibilità, è quello di trenta giorni decorrente dalla data di notificazione della cartella di pagamento».

8. Pare opportuno infine svolgere, a chiarimento di questioni poste sia dall'ordinanza di rimessione che dai sostenitori dell'orientamento contrario a quello qui preferito, le seguenti notazioni conclusive. Il destinatario della cartella di pagamento che non abbia ricevuto la notificazione del verbale di accertamento non è affatto privato di tutela nei confronti dell'amministrazione, soltanto che questa va esercitata entro un termine di decadenza di durata pari a quello del quale si sarebbe potuto avvalere ove, ricevendo la notificazione, avesse inteso contestare la conformità a diritto dell'irrogazione della sanzione. Né è da discutere del venir meno della possibilità di "recupero" del pagamento in misura ridotta, perché, per quanto detto sopra, con riferimento alle infrazioni al codice della strada, non è data possibilità alternativa tra l'estinzione della pretesa sanzionatoria e l'inammissibilità dell'opposizione tardiva.

8.1. Restano ovviamente esperibili anche dal destinatario della cartella di pagamento basata su verbali di accertamento di violazione del codice della strada o soggetto passivo della riscossione coattiva i rimedi oppositivi ordinari degli artt. 615 e 617 cod. proc. civ. Così, col primo, come detto, potranno essere dedotti tutti i fatti estintivi sopravvenuti alla definitività del verbale di accertamento, tra cui evidentemente la prescrizione ai sensi dell'art. 209 C.d.S. e del richiamato art. 28 della legge n. 689 del 1981 (quando la cartella di pagamento sia stata notificata oltre i cinque anni dalla violazione). In tale eventualità, la deduzione dell'omessa od invalida notificazione del verbale di accertamento non è fatta come motivo di opposizione a

sé stante (riferito cioè al fatto estintivo contemplato dall'art. 201, comma quinto, che va fatto valere nel termine di trenta giorni secondo quanto sopra), ma riguarda l'idoneità dell'atto notificato ad interrompere la prescrizione. Evidente è allora la deducibilità della mancanza di questo (e di altri) atti interruttivi, senza limiti di tempo, in applicazione appunto dell'art. 615 cod. proc. civ. Parimenti, saranno contestabili con quest'ultimo rimedio tutte le pretese di pagamento dell'amministrazione e dell'agente della riscossione che trovino ragione in fatti precedenti l'iscrizione a ruolo ma successivi all'emissione del verbale di accertamento, in quanto la relativa deduzione non ne sarebbe stata possibile anche se la notificazione di questo fosse stata regolarmente eseguita.

8.2. Ancora, non si può escludere che, come già affermato da questa Corte a Sezioni Unite in riferimento all'analogo sistema degli accertamenti e delle impugnazioni tributarie (cfr. Cass. S.U. 4 marzo 2008, n. 5791), l'omessa notificazione dell'atto presupposto venga dedotta come ragione di invalidità (derivata) dell'atto esecutivo successivo. Tuttavia, nel sistema delle opposizioni esecutive secondo il regime ordinario, l'irregolarità della sequenza procedimentale dà luogo ad un vizio deducibile ai sensi dell'art. 617 cod. proc. civ., quindi nel termine di venti giorni decorrente dal primo atto del quale l'interessato abbia avuto conoscenza legale.

8.3. Infine, pur non essendo la questione rilevante per la decisione sul ricorso, va osservato che non è senza conseguenze la circostanza che l'azione venga esperita dall'interessato a seguito della ricezione di una cartella di pagamento (ovvero di un altro atto successivo esecutivo), che si assuma aver costituito il primo atto per il cui tramite sia stata acquisita la conoscenza della sanzione amministrativa. La doglianza di regola va rivolta contro i legittimati passivi individuati, oggi, dal comma quinto dell'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011. Tuttavia, la considerazione che, nell'eventualità dell'accoglimento, venga meno anche l'atto dell'agente della riscossione e che comunque questo sia stato causa immediata dell'opposizione legittima passivamente quest'ultimo, senza peraltro dare luogo ad un'ipotesi di litisconsorzio necessario (cfr. Cass. S.U. 25 luglio 2007, n. 16412) e ne consente, in caso di soccombenza, anche la condanna alle spese in favore dell'opponente (cfr. Cass. ord. 6 febbraio 2017, n. 3101).

9. Venendo a trattare del ricorso, il motivo, formulato ed illustrato nei termini sopra esposti, è in parte infondato ed in parte inammissibile. Esso è infondato nella parte in cui assume la possibilità di esperire il rimedio dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ. per dedurre l'omessa notificazione del verbale di accertamento della violazione del codice della strada quale fatto estintivo della pretesa sanzionatoria, dovendosi fare applicazione del principio di diritto sopra enunciato. Poiché il tribunale ha accertato la

proposizione dell'opposizione oltre il termine di legge, senza che sul punto la sentenza sia censurata, è corretta in diritto la conferma dell'inammissibilità già dichiarata dal giudice di pace. Soltanto, a parziale correzione della motivazione della sentenza impugnata, va escluso il riferimento all'opposizione ex artt. 23 e seg. della legge n. 689 del 1981 e va sostituito con il riferimento all'opposizione ex art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, in quanto la cartella di pagamento è stata notificata all'Illuzzi ed il giudizio è stato da questi iniziato dopo l'entrata in vigore di quest'ultima norma (cfr. Cass. 16 giugno 2016, n. 12412).

9.1. Il motivo è inammissibile per la parte in cui assume che l'azione proposta in primo grado dall'Illuzzi ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ. fosse volta anche a far valere la prescrizione della sanzione e la non debenza delle maggiorazioni ai sensi dell'art. 27 della legge n. 689 del 1981. Su entrambe le questioni il ricorso è redatto in violazione dell'art. 366 n. 4 e n. 6 cod. proc. civ. poiché non riporta adeguatamente il contenuto degli atti introduttivi dei due gradi di merito né indica con completezza e pertinenza le norme di diritto su cui le dette doglianze si fondano. In particolare, non sono note le ragioni poste a fondamento della asserita eccezione di prescrizione (i cui termini temporali, quanto alla data di commissione dell'illecito ed alla decorrenza del termine quinquennale fino alla notificazione della cartella di pagamento, non risultano da alcun punto del ricorso), non è fatto alcun cenno alle norme che prevedono il regime prescrizionale applicabile e mancano del tutto le indicazioni circa il contenuto dell'atto di appello e le relative conclusioni su questa specifica questione. Analogamente è a dirsi quanto all'asserita deduzione di ingiusta applicazione della maggiorazione di cui all'art. 27 della legge n. 689 del 1981 (sulla cui debenza anche in caso di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada, peraltro, questa Corte si è espressa di recente con le sentenze 1 febbraio 2016, n. 1884 e 20 ottobre 2016, n. 21259). Ancora, va evidenziato che il giudice non si è pronunciato né sull'una né sull'altra questione, senza che il ricorrente abbia avanzato la censura di omessa pronuncia, ai sensi degli artt. 112 e 360 n. 4 cod. proc. civ.. In conclusione, il ricorso va rigettato.

Il contrasto giurisprudenziale giustifica la compensazione delle spese del giudizio di legittimità. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, sussistono i presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13.

P.Q.M.

(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa – **1.** I fatti che hanno dato luogo alla sentenza. – **2.** Mancata notifica del verbale di accertamento: forma dell'opposizione e termini. – **3.** Le statuizioni della Suprema Corte.

Premessa

La pronuncia in commento interviene in tema di azioni esperibili avverso le cartelle di pagamento emesse sulla base di un verbale di accertamento di violazione del codice della strada. Il punto cruciale della questione esaminata dalla Corte è senz'altro rappresentato dalla norma procedurale applicabile all'opposizione alla cartella di pagamento: l'art. 23 della l. n. 689/1981 (attualmente sostituito dall'art. 7 del D.lgs n. 150/2011), ovvero l'articolo 615 del codice di procedura civile. Nel caso di specie, un contribuente, assumendo di non avere ricevuto la notificazione del verbale di accertamento posto a base della cartella di pagamento notificatagli proponeva avverso quest'ultima opposizione ex art. 615 c.p.c. innanzi al Giudice di Pace di Roma.

Sulla questione sono intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza in commento statuendo che quando si riceve una cartella di pagamento relativa a un'infrazione stradale di cui non si conosceva l'esistenza perché il verbale non era stato notificato, si può presentare ricorso contro la cartella per far valere questo vizio, ma occorre farlo entro soli 30 giorni ai sensi dell'art. 7 del D. Lgs 150/2011 e ciò sul presupposto che la omessa notifica del verbale non costituisce un fatto estintivo equiparabile agli altri fatti estintivi dell'obbligazione di pagamento di diritto comune, come la prescrizione, la morte dell'obbligato ed il pagamento.

1. I fatti che hanno dato luogo alla sentenza

F.I., avendo ricevuto la notifica di una cartella di pagamento per sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada, adiva in giudizio innanzi al Giudice di Pace di Roma il Comune di Roma ed Equitalia Sud S.p.A. – Agente della Riscossione dei Tributi per la Provincia di Roma, proponendo opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. L'opponente a sostegno della propria opposizione deduceva di non avere mai ricevuto la notificazione del verbale di accertamento posto a base della cartella di pagamento impugnata.

Il Giudice di Pace di Roma dichiarava inammissibile la domanda in quanto tardiva ai sensi degli artt. 23 e seg. della legge n. 689 del 1981, ed escludeva la proponibilità dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ.; conseguentemente, F.I. proponeva appello innanzi al Tribunale di Roma de-

ducendo che l'opposizione all'esecuzione, ai sensi della norma appena citata, è rimedio esperibile in via autonoma e senza limiti di tempo quando si contesti la legittimità dell'iscrizione a ruolo per difetto del titolo esecutivo, in alternativa all'opposizione da proporsi ai sensi dell'art. 23 della legge n. 689 del 1981. Il Giudice di secondo grado, tuttavia, rigettava l'appello confermando la decisione del primo giudice con condanna dell'appellante al pagamento delle spese del grado in favore di entrambi gli appellati. L'appellante, non paga delle motivazioni espresse dai Giudici di secondo grado, proponeva ricorso per cassazione conclusosi con sentenza di rigetto, della quale veniamo a dare conto in questa sede.

2. Mancata notifica del verbale di accertamento: forma dell'opposizione e termini

Il sistema normativo vigente (artt. 201, 203, 204 bis del decreto legislativo n. 285 del 30 aprile 1992 (Codice della Strada) e succ. mod. e art. 7 del decreto legislativo n. 150 del 10 settembre 2011) riconosce al verbale di accertamento una "natura peculiare" (in deroga all'articolo 17 della legge 689/1981), ovvero "titolo esecutivo" sufficiente ad attivare la riscossione coattiva in tutti i casi in cui il verbale non venga impugnato davanti al prefetto oppure non venga pagato. Palese è la differenza con l'ordinanza-ingiunzione di cui agli artt. 23 della Legge 689/1981 e 204-bis, comma quinto, C.d.S.: il verbale di accertamento di violazione del codice della strada acquista l'efficacia esecutiva con una modalità di formazione semplificata rispetto a quella prevista per l'ordinanza-ingiunzione. Quest'ultima, a sua volta, costituisce titolo esecutivo – come sancito dall'art. 18, ultimo comma, primo inciso, della legge n. 689 del 1981 – solo dopo che il funzionario o l'agente che ha accertato la violazione abbia presentato il rapporto ai sensi del citato art. 17 della stessa legge e l'autorità competente abbia provveduto ai sensi del successivo art. 18, determinando la somma dovuta per la violazione ed ingiungendone il pagamento. Il verbale di accertamento non contiene un'ingiunzione di pagamento esso, infatti, ha portata ricognitiva dell'obbligo di pagare la somma dovuta a titolo di sanzione amministrativa, che nasce autonomamente dalla commissione dell'infrazione al codice della strada. In altre parole, il verbale di accertamento è un provvedimento dell'amministrazione che, dotato di efficacia esecutiva, consente la formazione del ruolo esattoriale, il quale, a sua volta, «costituisce titolo esecutivo» per l'espropriazione forzata sia in caso di opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria sia in caso di mancata opposizione del verbale di accertamento. Come è noto, l'art. 201 del Codice della Strada dispone che il verbale con gli estremi precisi e dettagliati dell'infrazione debba essere notificato al trasgressore entro il termine di 90 giorni dall'accertamento. Ciò posto, è doveroso evidenziare che la notificazione del verbale di accertamento non

costituisce presupposto per la venuta ad esistenza del corrispondente titolo esecutivo. La notificazione tempestiva del verbale di accertamento attiene, invero, alla modalità di formazione del titolo esecutivo e la violazione dell'obbligo di notificazione tempestiva che incombe sull'amministrazione non impedisce la venuta ad esistenza del «titolo esecutivo», piuttosto dà luogo ad un titolo esecutivo viziato formalmente, perché è stato invalido od irregolare il suo procedimento di formazione. La notificazione tempestiva del verbale di accertamento non è quindi un requisito di esistenza, ma soltanto di validità. Orbene, la giurisprudenza di legittimità in ordine ai rimedi esperibili per far valere i vizi del titolo esecutivo ha espresso orientamenti contrastanti. Secondo un primo orientamento interpretativo, l'opposizione proposta avverso la cartella di pagamento notificata dall'agente della riscossione sulla base di verbali di accertamento di infrazione al codice della strada e volta a contestare che detti verbali non siano stati notificati (o siano stati notificati fuori termine), costituisce una contestazione dell'inesistenza del titolo esecutivo posto a base della esecuzione esattoriale, e quindi va qualificata come opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. in quanto diretta a negare l'esistenza del titolo esecutivo, e pertanto essa non è soggetta a termine. Secondo altre pronunce, la contestazione dell'omessa o tardiva notificazione del verbale di accertamento dell'infrazione, anche se introdotta come opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., va comunque riqualificata come opposizione "recuperatoria" ai sensi dell'art. 22 Legge n. 689/1981, e quindi è soggetta al relativo termine questo perché le contestazioni basate su fatti impeditivi della formazione del titolo esecutivo devono essere fatte valere con il mezzo predisposto dall'ordinamento per impedire questa formazione, al cui utilizzo l'interessato, che non abbia avuto conoscenza del procedimento, è ammesso allorché riceva quella conoscenza, imponendosi una sua automatica remissione in termini. Di conseguenza la parte che ha avuto conoscenza del (preteso) titolo esecutivo soltanto con la cartella di pagamento deve proporre l'opposizione ai sensi dell'art. 22 Legge n. 689/1981 (o dell'art. 204-bis c.d.s.) e non l'opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 1, c.p.c., con cui non si possono dedurre fatti inerenti la formazione del titolo esecutivo.

3. Le statuizioni della Suprema Corte

La Suprema Corte, recependo il più severo e restrittivo orientamento in materia, ha sancito *che il rimedio esperibile avverso la cartella di pagamento emessa ai fini della riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria comminata per violazione del codice della strada, qualora si intenda dedurre in giudizio che il verbale di accertamento non è stato mai notificato e/o invalidamente notificato, non è l'opposizione alla esecuzione ex art. 615 cod. proc. civ., bensì il ricorso ex art. 7 del decreto*

legislativo 1 settembre 2011, n. 150 da proporsi – a pena di inammissibilità – entro il termine perentorio di 30 giorni dalla notificazione della cartella.

La pronuncia della Corte contiene, altresì, una ulteriore precisazione ovvero chi propone opposizione oltre ad eccepire l'omessa notifica del verbale non potrà eccepire altre doglianze in quanto: se il Giudice accerterà che la notifica del verbale non aveva avuto luogo, dichiarerà l'estinzione della pretesa sanzionatoria; se invece il Giudice accerterà che detta notifica aveva avuto luogo, dichiarerà inammissibile l'opposizione alla cartella (in quanto essa avrebbe dovuto essere proposta nel termine di trenta giorni dalla notifica del verbale).

In conclusione, dunque, il cittadino che riceve una cartella che trae origine da un verbale non notificato, deve necessariamente (o almeno, prudenzialmente) proporre opposizione ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n.150/11, depositando il ricorso entro trenta giorni dalla notifica della cartella ed eccependo solamente l'omessa notifica del verbale.

Sulla prova del nesso di causalità, in ambito civile, fra la condotta omissiva dei sanitari ed il decesso, applicabilità dei principi della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non".

Nota a Tribunale di Catania, Sezione V, 23 ottobre 2017, n. 4445

abstract

For the Court of Catania, in the context of civil liability, one should adopt the principle of "Preponderance of evidence" or "More likely than not".

keywords

Medical liability – Causality – Concauses.

abstract

Per il Tribunale di Catania, nell'ambito della responsabilità civile va adottato il criterio della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non".

parole chiave

Responsabilità medica – Nesso di causalità – Concause.

Non si concretizza responsabilità medica allorquando, tenuto conto della debole relazione causale fra la condotta omissiva ed il decesso, l'evento morte sarebbe stato più probabile che non anche in caso di idoneo trattamento.

Tribunale di Catania, V Sez. Civ., 23 ottobre 2017,
n. 4445

Giudice Dott. Salvatore Barberi

(Omissis)

Svolgimento del processo

1 - Le domande di R.G., G.G., e G.A. in proprio e quali eredi di G.An., sono risultate infondate per mancata prova del nesso etiologico tra la condotta dei sanitari e il decesso, per quanto di seguito indicato.

In particolare gli attori, con atto di citazione notificato il 13.3.2013, hanno convenuto in giudizio l'A.O. "Policlinico Vittorio Emanuele" di Catania per accertare la responsabilità, esclusiva o in concorso con altre circostanze, della stessa ex artt. 1218 e 1228 c.c. per inadempimento della prestazione medica, ovvero, in subordine, ex art. 2043 c.c.; e, conseguentemen-

te, in proprio per sentirla condannare al risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita del proprio congiunto; nonché quali eredi, per sentirla condannare al risarcimento del danno morale per le sofferenze fisiche e i turbamenti psichici subiti dal proprio familiare; ed infine per sentirla condannare al risarcimento del danno da perdita di chances.

Al riguardo, parte attrice espose: "In data 6.6.2009 G.An. – rispettivamente marito e padre degli odierni istanti – veniva ricoverato presso l'Unità Operativa di Chirurgia Vascolare ed Endovascolare dell'Azienda Ospedaliera-Universitaria "Policlinico Vittorio Emanuele" di Catania (già "Vittorio Emanuele - Ferrarotto - S. Bambino") con diagnosi di dissecazione dell'aorta toracica. In data 8.6.2009 il G.An. veniva sottoposto ad intervento chirurgico con "impianto di endoprotesi aortica toracica con riaccollamento del falso lume; esclusione della aorta succlavia sinistra". L'intervento veniva eseguito dal Dott. G.B. e dal Dott. S.D.D.. In data 12.6.2009, verso le ore 10:00, il G.An. veniva dimesso con terapia medica e controlli periodici di follow up chirurgico. Il sommario completo dell'iter diagnostico seguito durante il ricovero è documentato dalla cartella clinica n. 26***/09 e dalla relativa cartella infermieristica.

Tuttavia, nella medesima giornata del 12 giugno – poiché il G.An. aveva cominciato ad accusare un vivo dolore al fianco sinistro, mentre riposava a casa – intorno alle ore 14:00 veniva riaccompagnato dai familiari presso la Struttura dove era stato operato ed ivi sottoposto a visita di controllo. Sul posto erano presenti il Dott. G.B. e altri medici, tra cui la Dott.ssa C. e il Dott. S.D.D..

Con certificazione sottoscritta dalla Dott.ssa C. di "paziente con dolore viscerale profondo non attribuibile a patologia vascolare; si invia al P.S. dopo consulenza effettuata alla dimissione (già sottoposto ad impianto di endoprotesi aorto-toracica). Sospetta colica renale sinistra", il paziente veniva inviato al P.S. dello stesso Ospedale, ove giungeva alle ore 14:10 con dia-

gnosi di colica renale sinistra ed era assistito in osservazione breve. Alle ore 15:23, a causa dell'improvviso peggioramento delle condizioni generali, i Sanitari del P.S. richiedevano TAC in urgenza e consulenza anestesologica. Infine, riusciti vani i tentativi di rianimazione, alle 16:15 G. An decedeva, con la diagnosi di "colica addominale di natura da determinare" (come da scheda di triage infermieristico di P.S. e consulenza rianimatoria)."

Si è costituita l'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Policlinico Vittorio Emanuele" di Catania la quale ha chiamato in causa, QBE International Insurance LTD, compagnia assicuratrice all'epoca dei fatti di causa, e I.G.I. Insurance Company Limited, ora Amtrust Europe Limited titolare della polizza assicurativa con durata contrattuale dal 12.04.2010 al 12.04.2011.

Si sono costituite le compagnie assicuratrici, contestando le ragioni di parte attrice ed opponendo, entrambe, l'estraneità al caso in specie delle rispettive polizze assicurative.

Veniva espletata una consulenza tecnica d'ufficio medico-legale.

2 - Insussistenza del nesso di causalità tra la condotta del medico e il decesso.

Le ragioni del rigetto delle domande sono di seguito esposte.

Determinanti, ai fini del convincimento del Giudice, sono state le considerazioni medico-legali dedotte dal consulente d'ufficio, di cui si trascrivono alcuni passi salienti: "il sig. G., all'epoca dei fatti sessantatreenne, veniva sottoposto ad impianto di endoprotesi nell'aorta toracica per dissecazione dell'aorta toracica. Il trattamento sembrava risolutivo ma, nella stessa data della dimissione, il paziente era costretto a tornare all'osservazione degli specialisti: sarebbe deceduto per rottura dell'aneurisma toracico. I chirurghi vascolari si sono resi responsabili di imprudenza nell'assistenza post-operatoria, non avendo dato seguito a documentare, con l'adeguata diagnostica radiologica, l'esito dell'intervento ed a verificare una possibile complicanza vascolare a carico del tronco comune; inoltre non hanno impostato un trattamento farmacologico – quanto meno non lo hanno documentato – idoneo a mantenere contenuti i regimi pressori evitando pericolosi rialzi (come pare sia avvenuto durante la degenza del paziente), né lo hanno raccomandato in occasione della dimissione. Al ritorno del paziente per l'acuzie clinica insorta poche ore dopo il rientro al domicilio, i sanitari convenuti non hanno attivato alcun percorso diagnostico strumentale che, con sufficiente verosimiglianza scientifica avrebbe consentito un'anticipazione diagnostica della complicanza e reso possibile un tentativo di approccio chirurgico."

Tuttavia, precisa il CTU, "Alla negligente assistenza dei sanitari convenuti è imputabile una perdita di chance di sopravvivenza, invero, estremamente contenute atteso l'elevato rischio anestesologico e chirurgico

del paziente, verosimilmente non superiori al 5%." Sotto quest'ultimo profilo, il CTU ha specificato che "La mortalità specifica per la chirurgia d'elezione della dissecazione aortica acuta di tipo B, alla fine degli anni 90 era compresa tra il 147 ed il 38%, mediamente confermata (al 31.4%) all'inizio del 2000 dal Registro Internazionale della Dissecazione Aortica Acuta; essa risente dell'esperienza del Centro presso cui viene prestata l'assistenza e, soprattutto, delle condizioni generali del paziente; la mortalità è destinata ad aumentare considerevolmente (tra il 60 ed il 90%) per gli interventi eseguiti in emergenza per la rottura dell'aneurisma". Enunciati, in generale ed in percentuale, i predetti dati, il consulente d'ufficio ritiene che, nel caso in esame "se l'anticipazione diagnostica dello scollamento fosse avvenuta entro 30 minuti dalla visita ambulatoriale – ed era possibile a farsi – posto il paziente sotto adeguata protezione farmacologica, sarebbe stato possibile intervenire in emergenza forse prima della rottura dell'aneurisma, pur con gli elevatissimi rischi correlati. Se, infatti, prendiamo in esame le condizioni generali del sig. G. già al momento dell'accettazione al Ferrarotto (paziente in sovrappeso, ex fumatore, diabete tipo II, con cirrosi epatica post-trasfusionale, marcata piastrinopenia, segni periferici di ipertensione portale...) le stesse che già lo avevano identificato con rischio anestesologico massimo (ASA IV), appare più che verosimile sostenere che le probabilità di sopravvivenza all'intervento sarebbero state molto contenute, certo notevolmente inferiori a quel 15% (=mortalità al 85%) delle migliori casistiche internazionali riportate in Letteratura e citate dal CT di parte attrice. A questa conclusione si deve pervenire dallo studio dei reperti necroscopici (grossolano aumento di calibro di tutto l'arco e dell'aorta toracica, a valle dello stent, aspetto festonato della superficie endoteliale...) e, soprattutto, di quelli dell'istopatologo che refertava: aortite cronica periaortica.. a carico dell'aorta toracica, nonché.. aortite linfocitaria reattiva.. per quella lombare. Se ne deve desumere, infatti, che i chirurghi, semmai fossero intervenuti, avrebbero dovuto far fronte ad una situazione protesica più estesa rispetto al segmento toracico oggetto del primo intervento"

Il Giudice ha fondando il proprio convincimento sulle predette risultanze peritali, alla stregua delle quali ha ritenuto insussistente il nesso di causalità tra la condotta del medico ed il decesso.

Invero, il magistrato ha innanzitutto evidenziato che, per quanto il CTU abbia rilevato la condotta colposa dell'azienda ospedaliera convenuta, non appare provato il nesso causale tra tale condotta e l'evento morte.

Inoltre, sempre sulla scorta delle conclusioni medico-legali del consulente d'ufficio, afferma ancora il Giudice che le chances di salvezza del paziente erano da considerarsi ridottissime e nettamente inferiori rispetto a quelle di esito infausto, che era indubbiamente

te più probabile. In conseguenza, non si concretizza responsabilità medica tenuto conto della debole relazione causale fra la condotta omissiva e il decesso, che sarebbe stato più probabile che non anche in caso di idoneo trattamento.

In definitiva, il Tribunale ha ritenuto che, data la situazione di salute ampiamente compromessa di G.An, la condotta della convenuta non ha influito sull'esito infausto che si sarebbe comunque verificato. Le complesse e gravissime condizioni cardiovascolari di G.An. rendevano, infatti, ancora più complesso rispetto alla media il trattamento chirurgico de quo, già di per sé ad alto rischio di mortalità.

La condotta dell'azienda ospedaliera convenuta si inserisce, quindi, come una possibile "concausa" nel verificarsi dell'evento che non ha determinato il decesso, appunto per il prevalente apporto delle altre concause naturali, puntualmente individuate dal CTU.

Al riguardo il magistrato, evidenziando che nei giudizi penali e civili l'accertamento del nesso causale risponde a criteri diversi e che, come ribadito dalla Cassazione da ultimo con la sentenza n. 15857/15, nell'ambito della responsabilità civile va adottato il criterio della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non", ha affermato in conclusione che: tenuto conto delle particolari circostanze del fatto e delle condizioni peculiari del paziente, l'evento morte non si è avverato, né è stato facilitato, per una causa imputabile alla convenuta.

In definitiva, infatti, per quanto sia stato pienamente comprovato il comportamento colposo della convenuta, è tuttavia mancata la prova del nesso di causalità tra evento e danno, non essendo stata comprovata l'idoneità della condotta dell'azienda convenuta a cagionare il danno lamentato da parte attrice secondo i criteri indicati dalla giurisprudenza di Cassazione nell'ambito dei giudizi civili.

Sul punto, il magistrato ha richiamato la sentenza n. 4147/16, con la quale il Tribunale di Palermo si è di recente pronunciato sullo stesso tema, nei medesimi e condivisibili termini.

Il rigetto delle domande attrici ha esonerato il Giudice dall'esaminare le domande di garanzia proposte dalla convenuta nei confronti delle due assicurazioni chiamate in causa.

Sulle spese del giudizio, il Giudice si è così pronunciato: "tenuto conto della natura della causa, delle ragioni della decisione, delle difficoltà nell'individuare la responsabilità in ordine ai fatti di causa, ricorrono gravi ed eccezionali ragioni per compensare per intero le spese processuali delle parti, ad eccezione delle spese di c.t.u. che, come già liquidate in atti, rimangono a carico di parte attrice in quanto il detto mezzo istruttorio è stato disposto su richiesta ed interesse della stessa parte.

PQM

(Omissis)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – **1.** Responsabilità civile della struttura ospedaliera e del sanitario. – **2.** Criterio della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non" nell'ambito della responsabilità civile. – **3.** La decisione.

Premessa

Con la citata sentenza il Tribunale di Catania, trovatosi a decidere su una richiesta di risarcimento danni per inadempimento della prestazione medica, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., ovvero in subordine ex art. 2043 c.c., ha rigettato le domande attrici ritenendo insussistente e non provato il nesso di causalità tra la condotta del medico e il decesso allorché, alla luce delle considerazioni medico-legali del CTU, le chances di salvezza erano da considerarsi ridottissime e nettamente inferiori rispetto a quelle di esito infausto, che era indubbiamente più probabile.

In particolare, per quanto sia stato pienamente comprovato il comportamento colposo della convenuta Struttura Ospedaliera, è tuttavia mancata la prova del nesso di causalità tra evento e danno, non essendo stata comprovata l'idoneità della condotta dell'azienda convenuta a cagionare il danno lamentato da parte attrice, secondo i criteri indicati dalla giurisprudenza di Cassazione nell'ambito dei giudizi civili, ovvero il criterio della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non".

In quest'ottica, la condotta della Struttura convenuta – benché colposa – si inserisce meramente come possibile "concausa" nel verificarsi dell'evento che non ha, tuttavia, determinato il decesso, generato invece per il prevalente apporto delle altre concause naturali, puntualmente individuate dal CTU.

Il rigetto delle domande attrici, ha esonerato il magistrato dall'esame delle domande di garanzia proposte dalla convenuta Azienda Ospedaliera nei confronti delle due assicurazioni, chiamate in causa.

1. Responsabilità civile della struttura ospedaliera e del sanitario

È opportuno premettere brevi cenni sulla Legge di riforma della responsabilità medica, recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie".

La Legge 8 marzo 2017, n. 24 ha, infatti, introdotto importanti novità in tema di responsabilità civile della struttura sanitaria e dell'esercente la professione sanitaria, prevedendo in particolare: **a)** la natura contrattuale della responsabilità della struttura, sia essa pubblica o privata; **b)** la responsabilità della struttura,

ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., per le condotte dolose o colpose degli ausiliari esercenti la professione sanitaria, della cui opera si sia avvalsa nell'adempimento delle proprie obbligazioni, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa; **c)** la responsabilità aquiliana del sanitario, ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo l'aver agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente; **d)** la valutazione da parte del giudice, ai fini della determinazione del danno, dell'osservanza delle linee guida rispetto alla condotta del sanitario; **e)** l'applicazione delle tabelle del danno biologico, previste dagli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni, per la liquidazione dei danni a carico della struttura e del sanitario.

2. Criterio della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non" nell'ambito della responsabilità civile

Una volta evidenziati, in generale, i principali aspetti della responsabilità civile dell'Azienda Ospedaliera alla luce della recente riforma, la sentenza in esame offre un ottimo spunto per analizzare l'orientamento prevalente in tema di criteri da adottare per l'accertamento del nesso di causalità nel processo civile.

Invero, il nesso di causalità in tema di responsabilità medica (ma anche in tema di responsabilità aquiliana, di responsabilità di custodia e da circolazione di autoveicoli) costituisce regola di giudizio¹.

Sull'argomento, la sentenza rimanda al principio ormai consolidato in base al quale, stante la diversità del regime probatorio² applicabile al processo civile e al processo penale – in ragione dei differenti valori sottesi – nell'accertamento del nesso causale in materia civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o della probabilità relativa³ o del "più probabile che non" (mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio").

Oltre a rinviare all'autorevole giurisprudenza già richiamata nella sentenza in commento⁴, va segnalata altra recente pronuncia con cui la Corte di Cassazione

ha ribadito il principio di diritto⁵ secondo cui «ove le leggi scientifiche non consentano una assoluta certezza della derivazione causale, la regola di giudizio nel processo civile è quella della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", criterio che "non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa - statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)»⁶.

L'accertamento del nesso causale in ambito civile è, altresì, regolato dal principio desumibile dal combinato disposto degli artt. 40 e 41 c.p.⁷, per il quale «un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo», nonché dal criterio della cosiddetta "causalità adeguata", sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano – ad una valutazione *ex ante* – del tutto inverosimili⁸.

Posta l'osservanza dei predetti principi generali che regolano la causalità "per fatto omissivo in attività sanitaria", resta fermo che «la regola della certezza probabilistica non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classe di eventi (c.d. probabilità quantitativa), ma va verificata riconducendo il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica)»⁹. Difatti, la Suprema Corte si è di recente pronunciata sul tema, ribadendo che: «applicati nella verifica del nesso causale tra la condotta illecita ed il danno i principi posti dagli artt. 40 e 41 c.p., e fermo restando il diverso regime probatorio tra il processo penale, ove vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio», e quello civile, in cui opera la regola della preponderanza dell'evidenza o «del più probabile che non», lo standard di c.d. certezza probabilistica in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla c.d. probabilità quantitativa della frequenza di un evento, che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato, secondo la c.d. probabilità logica, nell'ambito degli elementi di conferma, e, nel contempo, nell'esclusione di quelli

¹ Nel processo civile, l'espressione onere della prova assume il significato fondamentale di regola di giudizio per il fatto non provato.

² In tema di responsabilità civili, l'accertamento della sussistenza del nesso causale – tra l'evento dannoso e le conseguenze pregiudizievoli riportate dal danneggiato – è soggetto, appunto, ad una differente regola probatoria rispetto al giudizio penale, in ragione della diversità dei valori in gioco nei due tipi di processi, ciò che giustifica una differenza negli *standard* probatori ed il diverso livello di incertezza da assumersi come ragionevolmente accettabile.

³ In ambito civile il nesso causale viene verificato sulla scorta di una "probabilità relativa" o variabile: in termini percentuali, è sufficiente che il nesso causale tra fatto ed evento possa identificarsi con un valore pari al "50% più 1" e non con quello, penalmente rilevante, superiore al 90%.

⁴ Cass. Civ., Sez. III, 28 luglio 2015, n. 15857.

⁵ Cass. Civ. SS. UU. 11 gennaio 2008, n. 576.

⁶ Cass. Sez. Lav., 2 agosto 2017, n. 19270.

⁷ Appoggiandosi al filone maggioritario, negli anni la giurisprudenza ha, infatti, cercato di risolvere le incertezze sulla causalità in ambito civilistico adottando il criterio della "ragionevole probabilità", utilizzando i criteri esposti dagli artt. 40 e 41 c.p. sul rapporto di causalità e sul concorso di cause, ma adattando il ragionamento alle peculiarità del giudizio civile e non imponendo al giudice civile la soglia probatoria espressa nel sistema penalistico.

⁸ Cass. Civ., Sez. III, 22 ottobre 2013, n. 23933.

⁹ Cass., sez. III, 19 gennaio 2016, n. 768.

alternativi, disponibili in relazione al caso concreto”¹⁰.

Tra l'altro, in passato la Cassazione aveva già evidenziato come, sull'argomento, anche la Corte di Giustizia CE fosse indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico¹¹.

Appare chiaro, pertanto, che le esigenze di coerenza e di armonia dell'intero processo civile comportano che l'anzidetto principio della “probabilità prevalente” si applichi anche quando vi sia un problema di scelta di una delle ipotesi, tra loro incompatibili o contraddittorie, sul fatto, quando tali ipotesi abbiano ottenuto gradi di conferma sulla base degli elementi di prova disponibili. In caso di ipotesi contraddittorie o incompatibili, quindi, il Giudice dovrà compiere la propria scelta applicando il criterio della probabilità prevalente¹².

La Suprema Corte¹³, infatti, afferma che – in sede di decisione sul fatto – bisogna scegliere l'ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore (c.d. Standard di “certezza probabilistica”)¹⁴ sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili. Si tratta di una scelta comparativa e relativa all'interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso, perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all'una o all'altra ipotesi. Il criterio della probabilità prevalente, secondo la Cassazione, fonda anche il sistema logico-operativo della prova presuntiva che è essenzialmente un ragionamento probabilistico per giungere alla conclusione più probabile.

In ultimo, giova ricordare che anche in presenza di concause, il Giudice dovrà sempre attenersi al criterio della “preponderanza dell'evidenza” o del “più probabile che non” che si delinea in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del “50% plus unum”¹⁵.

¹⁰ Cass. civ., sez. lav., 03 gennaio 2017, n. 47.

¹¹ Il criterio della probabilità prevalente fonda anche il sistema logico-operativo della prova presuntiva (secondo la dottrina che più di ogni altra ha esaminato l'argomento, con riferimento al requisito della “gravità”), che è essenzialmente un ragionamento probabilistico per giungere alla conclusione più probabile (fatto ignoto) tra quante possono esser ipoteticamente tratte dalla stessa premessa e cioè dal fatto noto.

¹² CGCE, 13/07/2006, n. 295; Corte giustizia CE, 15/02/2005, n. 12.

¹³ Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2012, n. 7554.

¹⁴ Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (evidence and inference nei sistemi anglosassoni).

¹⁵ Cass. SS.UU. n. 30328/2002; Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21619.

Al riguardo, in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale implica una valutazione della idoneità della condotta del sanitario a cagionare il danno lamentato dal paziente che deve essere correlata alle condizioni del medesimo, nella loro irripetibile singolarità¹⁶. Infatti, poiché il medico è tenuto ad espletare l'attività professionale secondo canoni di diligenza e di perizia scientifica, il Giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso¹⁷.

Pertanto, qualora la condotta omissiva dell'operatore sanitario rappresenti meramente una possibile “concausa” che non abbia determinato il decesso, ovvero non ne costituisca un antecedente causale, in ragione del prevalente apporto delle altre concause naturali, non sussiste alcuna responsabilità del medico per quei danni che non dipendano dalla sua condotta, benché omissiva, ma che si sarebbero verificati ugualmente anche senza di essa¹⁸.

3. La decisione

La conclusione assunta dal Giudice del Tribunale di Catania risulta coerente con la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui: a) i principi generali che regolano la causalità materiale (o di fatto) sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale; b) per l'accertamento del nesso causale in sede civile la regola probatoria si sostanzia nel principio della preponderanza dell'evidenza o “del più probabile che non”; c) nonostante l'imprudenza del medico non sussiste responsabilità se il decesso è avvenuto per il prevalente apporto di altre concause.

Il Giudice¹⁹, accertata la condotta omissiva, sulla scorta delle risultanze peritali ha potuto valutare il differente apporto delle varie concause nella produzione dell'evento morte, giungendo al convincimento che, seppur Struttura Sanitaria avesse osservato la condotta doverosa, la stessa non avrebbe comunque impedito il verificarsi dell'evento.

Il Tribunale adito, dunque, utilizzando il principio di preponderanza dell'evidenza nella concatenazione

¹⁶ Cass., Sez. III, 20 febbraio 2015, n. 3390.

¹⁷ Cass., Sez. III, 08 luglio 2010, n. 16123.

¹⁸ In presenza di concause, e sotto la diversa lente della valutazione soggettiva delle colpe, resta ferma la distinta allocazione delle stesse e dei rispettivi obblighi risarcitori.

¹⁹ L'accertamento del nesso di causalità materiale, in relazione all'operare di più concause ed all'individuazione di quella c.d. «prossima di rilievo» nella verifica dell'evento dannoso, forma oggetto di un apprezzamento di fatto del giudice di merito che è sindacabile in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 3), c.p.c., sotto il profilo della violazione delle regole di diritto sostanziale recate dagli artt. 40 e 41 c.p. e 1127, 1° comma, c.c. (Cass. Civ., Sez. VI, 24 maggio 2017, n. 13096).

causa-effetto, ha valutato se il comportamento omissivo della convenuta (che non aveva prestato adeguata assistenza post-operatoria, e che non aveva attivato alcun percorso strumentale volto ad ottenere un'anticipazione diagnostica della complicità) si presentasse con maggiore probabilità eziologica rispetto agli altri elementi esistenti (concause naturali), ed è giunto alla conclusione che l'evento morte non si è avverato né è stato facilitato per una causa imputabile alla convenuta.

Va rilevato che, nella sentenza in epigrafe, viene valorizzato l'operato del CTU che non si è limitato a dar conto della mera frequenza statistica e/o della casistica internazionale riportata in letteratura, ma ha verificato tutte le circostanze del caso concreto (paziente in sovrappeso; ex fumatore; diabete tipo II; imprudenza nell'assistenza post-operatoria...).

Dunque, attenendosi rigorosamente alle risultanze medico-legali del CTU, il Giudice ha dedotto che alla negligente assistenza dei sanitari convenuti fosse imputabile una perdita di chances di sopravvivenza estremamente contenute, verosimilmente non superiori al 5%²⁰.

In definitiva, nella pronuncia *de quo*, i fatti rilevanti ai fini dell'accertamento della sussistenza del nesso causale (da apprezzarsi, appunto, come grado di probabilità logica) tra il comportamento omissivo della struttura sanitaria e l'evento, risultano ampiamente esposti e le conclusioni assunte risultano del tutto in linea con i principi sopra enunciati.

²⁰ Nello specifico, il CTU afferma che – considerato l'elevato rischio anestesiológico e chirurgico del paziente – se anche il personale medico avesse tenuto un comportamento diligente, come era possibile, le probabilità di sopravvivenza all'intervento sarebbero state ugualmente molto contenute.

Sulla legittimità del patto di prova. Rilevanza delle Mansioni.

Nota a Corte di Appello di Napoli, Sez. lavoro, 25 maggio 2017 n. 3871

abstract

According to the Appellate Court of Napoli, the validity of probationary period is based on the work contract category.

keywords

Validity of probationary period.

abstract

Per la Corte di Appello di Napoli è rilevante la mansione espletata per determinare la legittimità del patto di prova.

parole chiave

Periodo di prova, legittimità, mansioni.

Se il dipendente contesta la nullità del patto di prova per avere in precedenza già lavorato presso un'azienda diversa ma collegata funzionalmente, il giudizio sulla nullità della clausola non può che passare da una valutazione sulle mansioni affidate "in concreto" alla dipendente. È ben possibile, infatti, che un soggetto assunto a termine per una determinata attività lavorativa, possa poi essere destinatario di una proposta di assunzione a tempo indeterminato avente ad oggetto mansioni superiori, o comunque diverse da quelle precedenti, che necessitano di un periodo di prova.

Corte di Appello di Napoli, Sez. lavoro,
25 maggio 2017 n. 3871
Pres. Migliucci - Rel. Chiodi

(Omissis)

Con ricorso depositato in data 6.04.2013 la SO. Srl (da ora SO.) ha adito questa Corte di Appello impugnando la sentenza n. 25723/2013 con cui il Tribunale di Napoli – in funzione di giudice del lavoro – ha parzialmente accolto la domanda proposta in sede di prime cure da Palma Alessandra e, indi, “dichiarato la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo in-

determinato tra la ricorrente e la SO. Srl a far data dal 3.02.2009; dichiarato la illegittimità del licenziamento comminato alla ricorrente e, per lo effetto, ha condannato la SO. al pagamento, in favore della ricorrente, della indennità sostitutiva della reintegra pari a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto oltre a corrisponderle il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate dalla data del licenziamento sino al momento del pagamento della predetta indennità sostitutiva della reintegra, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali; ha condannato la SO. al pagamento in favore della ricorrente della somma di euro 1344,64 a titolo di retribuzione del mese di aprile 2009, oltre accessori di legge” condannando, altresì, la SO. al pagamento parziale delle spese di lite nei confronti della P. La SO. censura la sentenza impugnata per la manifesta contraddittorietà della motivazione che pur escludendo il collegamento societario tra essa appellante ed il C.D.N. e la identità di mansioni espletate dalla P. per esse Società – ha nondimeno ritenuto di accogliere la domanda nei termini su indicati. Ha chiesto che, in parziale riforma della sentenza impugnata, fosse rigettata la domanda proposta da P. A. nei suoi confronti; o, in via subordinata, per la condanna di essa appellante alla riassunzione o al pagamento della indennità risarcitoria nella misura minima di 2,5 mensilità; vinte le spese di lite con attribuzione. La P., costituitasi nel presente giudizio con memoria depositata in data 13.06.2014, ha eccepito la inammissibilità dell'appello sia per omessa integrazione del contraddittorio nei confronti del C.D.N. Sas che per la genericità del gravame. Nel merito ha ribadito la esistenza di un collegamento economico-funzionale tra la SO. ed il C.D. spiegando appello incidentale chiedendo, in parziale riforma dell'impugnata sentenza di primo grado, di “ accertare e dichiarare l'esistenza del collegamento economico-funzionale tra la SO. s.r.l. ed il C.D.N. s.a.s. e, per l'effetto, condannare ai sensi dell'art. 18 L. n. 300/1970 così come modificato dall'art. 1 L. n. 108/1990 queste ultime in solido tra loro o chi di ragione, al pagamento dell'indennità sostitutiva della

reintegrazione per un ammontare pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto (€ 1.465,69) percepita dalla Sig.ra P. A. o, in subordine, ordinare la riassunzione della lavoratrice e/o il pagamento di un'indennità pari ad 6 mensilità dell'ultima retribuzione spettante unitamente al risarcimento del danno; 3. Per l'effetto condannare la SO. s. r. l. ed il C.D.N. s.a.s., in solido tra loro o chi di ragione, al pagamento di un'indennità a titolo del risarcimento dei danni ex art. 18 L. n. 300/1 970 comma 5 commisurata alla retribuzione globale di fatto pari ad € 1.465,69 dal giorno del licenziamento al momento del pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, in ogni caso non inferiore a 5 mensilità; 4. Condannare la SO. S.r.l. ed il C.D.N. s.a.s. in solido tra la o chi di ragione, al pagamento della retribuzione del mese di aprile, pari a € 1.465,69, mai corrisposta alla dipendente; 5. In considerazione della palese violazione del patto di prova, accertare e dichiarare la responsabilità della SO. s.r.l. e del C.D.N. s. a. s. ex artt. 1218 e 1223 cod. civ. con condanna delle stesse, in solido o chi di ragione, alla corresponsione della somma di € 10.000,00; 6. Condannare altresì la SO. s.r.l. ed il C.D.N. s.a.s. in solido o chi di ragione, al risarcimento del danno da demansionamento cagionato alla lavoratrice ex art. 2103 e 2087 cod. civ. nonché art. 32 Cost. consistito in perdita di professionalità, ostacolo alla progressione di carriera nonché alla mancata possibilità di assunzione presso altre aziende durante il periodo di prova, quantificato nella misura di € 6.992,11 o, in subordine, in quella che sarà ritenuta equa dall'adita Corte di Appello; 7. In via subordinata, dichiarare l'avvenuto superamento del periodo di prova in considerazione dei fatti indicati in premessa e, per l'effetto, riconoscere l'illegittimità del licenziamento comminato, con condanna della s.r.l. SO. al pagamento degli importi di cui ai punti 2 e 3; 8. Sempre in via gradata, condannare la SO. s.r.l. per i motivi di cui in premessa, per aver adibito la lavoratrice a mansioni diverse ovvero inferiori rispetto a quelle previste contrattualmente, al pagamento delle somme di cui ai punti 2, 3 e 6; 9. In via ulteriormente gradata, e nella denegata ipotesi di mancato accoglimento delle istanze sopra formulate, confermare la sentenza n. 25723/2013, emessa dal Tribunale di Napoli in funzione di Giudice del Lavoro GL. Dott.ssa S. Borrelli con condanna della SO. s.r.l. al pagamento delle spese, diritti ed onorari del doppio grado di giudizio, oltre IVA, CPA e spese generali come per legge con attribuzione al sottoscritto procuratore antistatario.

Il C.D.N. Sas. cui veniva notificato l'appello incidentale, si è costituito nel presente giudizio, resistendo al gravame proposto dalla P., chiedendone il rigetto; vinte le spese di lite con attribuzione.

All'odierna udienza la causa è stata decisa come da dispositivo in atti.

Prima di passare ad una disamina nel merito della controversia sono da esaminare le preliminari eccezioni di inammissibilità dell'appello principale sollevate dalla difesa della P. La prima eccezione - fondata sulla omessa notifica dell'appello principale al C.D.N. - è infondata, considerato che la costituzione in giudizio del C.D.N. - comunque estraneo alle censure mosse dalla SO. alla sentenza di prime cure, ed interessato a partecipare al presente giudizio in virtù dell'appello incidentale promosso dalla P. - dà conto della integrità del contraddittorio del presente grado.

Laddove, venendo alla eccezione di genericità dei motivi di gravame, è da evidenziare che la censura mossa dall'appellante avverso la sentenza di prime cure è chiaramente evincibile nel denunziato vizio di contraddittorietà della motivazione, che - pur ritenendo insussistente il dedotto collegamento funzionale tra le due Società convenute in giudizio e, comunque, non provata la medesimezza di mansioni espletate in favore della SO. con quelle pregresse - giunge non di meno a ritenere la illegittimità del recesso comminato alla P. (applicando, tra l'altro, la tutela reintegratoria ingiustificata dal requisito dimensionale della SO.).

Di tanto, del resto, è consapevole la stessa difesa della P. il cui appello incidentale è diretto in sostanza ad "estendere" la portata della statuizione della gravata sentenza nei confronti del C.D.N.; riproponendo la tesi (disattesa dal giudice di prime cure) del collegamento funzionale tra le due Società convenute nel giudizio di prime cure, ben consapevole che tale accertamento sarebbe stato necessario (ancorché non sufficiente, per i motivi di cui infra) per poter addivenire ad una declaratoria di illegittimità del licenziamento comminato dalla SO. e all'applicazione della tutela reintegratoria rivendicata in via principale (sia pure nella forma della opzione preventiva alternativa al ripristino del rapporto di lavoro).

Sul punto, ai fini di una migliore comprensione dei fatti di causa, è da premettere che è documentato che la P. ha concluso due distinti contratti di lavoro: l'uno a tempo determinato part time con il C.D.N. dal 7.11.2008 al 31.01.2009; e l'altro, in data 30.2.2009, con la SO., risolto in data 29.04.2009 durante il periodo di prova.

Ed è, inoltre, incontestata la occupazione, da parte della SO., al momento del recesso, di tre dipendenti (secondo la deduzione della memoria di costituzione in giudizio, confermata sia dal legale rappresentante che dalla visura camerale, e non oggetto di nessuna contestazione da parte della P., tant'è che il giudice di prime cure non ammetteva il relativo capitolo di prova ritenendolo, implicitamente incontrovertito).

Tali i dati documentali è di tutta evidenza - stante il regime di libera recedibilità in costanza del periodo di prova - che una declaratoria di illegittimità del licenziamento non poteva che passare, per una valutazione di legittimità della assunzione in prova,

a sua volta presupponente, sulla base delle deduzioni difensiva svolte dalla P. nel ricorso di prime cure, sia la “unicità” del rapporto di lavoro formalmente intercorso con le due società convenute, che, soprattutto, la medesimezza delle mansioni espletate in epoca antecedente alla assunzione con patto di prova.

Invero, anche a voler in ipotesi ritenere la sussistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro (a latere datoriale), la nullità del patto di prova non poteva che passare da una valutazione sulle mansioni affidate in concreto alla dipendente, essendo ben possibile che un soggetto assunto a termine per una determinata attività lavorativa, sia di poi destinatario di una proposta di assunzione a tempo indeterminato cui (ove avente ad oggetto mansioni superiori o comunque diverse da quelle pregresse) può legittimamente accompagnarsi la previsione di periodo di prova.

La considerazione che precede dà di per sé conto, a prescindere dalle valutazioni che saranno di poi effettuate sul collegamento funzionale tra le due Società appellate incidentali, della erroneità della gravata sentenza che fa discendere tout court la illegittimità del patto di prova alla mera circostanza che “la P. era lavoratrice già nota ai referenti della SO.” (in virtù del collegamento societario tra questa ultima e il C.D.N.), pur ritenendo “che non sia stata provata la totale sovrapposibilità dell’attività svolta dalle due aziende e dunque della prestazione resa dalla ricorrente” È, infatti, evidente che la mera conoscenza “personale”, tra l’altro per il limitato arco temporale di assunzione a termine per la società (ritenuta) collegata, non è di per sé sufficiente a ritenere privo di causa il patto di prova, siccome finalizzato a verificare le attitudini professionali della dipendente in relazione alle mansioni affidate con la conclusione di un nuovo contratto a tempo indeterminato.

Tanto premesso è da rilevare che la superiorità (e, a fortiori, diversità) delle mansioni affidate alla P. dalla SO. rispetto a quelle espletate per il C. D. emerge dal dato documentale offerto dai contratti di lavoro intercorsi tra le parti, essendo l’assunzione da parte del C. D. avvenuta a termine, per la sostituzione della lavoratrice assente (per maternità) D. R., come impiegata di 3 Livello del CCNL Studi Professionali. Laddove l’assunzione, a tempo indeterminato con periodo di prova di 90 giorni, da parte della SO. quale impiegata di concetto con inquadramento nel 2 livello. La prova orale, poi, ha confermato l’espletamento dell’attività della P. per il C.D. “in sostituzione” della D. come dipendente “part time” addetta alla consegna dei referti di laboratorio e degli incassi (cfr. testi D. e D.); e, viceversa, le mansioni inerenti alla organizzazione dell’attività della SO. – nello specifico del contatto con le aziende che si rivolgevano alla stessa per le visite mediche dei dipendenti, della programmazione delle stesse in uno alla consegna agli organi di vigilanza competenti della documentazione redatta dal medico

del lavoro (cfr. teste S.G.) in favore di questa ultima.

Né, del resto, nessuna significativa prova contraria risulta essere stata offerta dalla odierna appellata se sol si consideri la inidoneità, al fine che ci occupa, delle dichiarazioni rese dai testi dalla stessa indotti, che, frequentatori “saltuari” (per ragioni amicali con la P.) del luogo di lavoro della stessa, non sono stati in grado di riferire le attività in concreto espletate dalla P. per le due Società convenute. Del resto la non sovrapposibilità delle mansioni espletate dalla appellata in favore del C. D. e della SO. emerge, in via presuntiva, dalla diversità dell’attività espletata dalle stesse, occupandosi, rispettivamente, l’una di laboratorio di analisi cliniche e l’altra di sorveglianza sanitaria e sicurezza in materia di medicina del lavoro (come comprovato dalle indicazioni delle visure camerali relative alle indicazioni delle “attività di impresa” e dai testi indotti dalle attuali appellate).

Le considerazioni che precedono in ordine alla non sovrapposibilità delle mansioni espletate dalla P. per il periodo di cui è causa – tra l’altro non oggetto di specifica censura da parte della appellata – sarebbero di per sé sufficienti ad escludere la illegittimità del patto di prova e, a fortiori, a ritenere legittimo il recesso di cui è causa.

Per mera completezza pare, comunque, opportuno evidenziare, in risposta alle deduzioni difensive poste a fondamento dell’appello incidentale, che le risultanze istruttorie non sono, comunque, idonee a comprovare la sussistenza, tra le attuali appellate, di un collegamento funzionale tale da indurre a configurare le stesse quale unico centro di imputazione dei rispettivi rapporti giuridici.

Sul punto è da premettere che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, confermato dalla Suprema Corte (Cass. Sez. L n.11107 del 15/05/2006 e Cass. 2010/19931), il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non è di per sé solo sufficiente a ritenere che gli obblighi inerenti ad un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore ed una di essa, si debbano estendere anche all’altra, essendo viceversa necessaria una situazione che consenta di ravvisare un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro. Tale situazione ricorre ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un’unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale e ciò venga accertato in modo adeguato, attraverso l’esame delle attività di ciascuna delle imprese gestite formalmente da quei soggetti.

Ciò posto è di tutta evidenza la inidoneità, già in linea assertiva, della deduzione difensiva della P. che pretende di far discendere tout court la declaratoria di sussistenza di un unico rapporto di lavoro con le odierne appellate incidentali, sulla base della rivendicata sussistenza di un collegamento funzionale tra il C.

D. e la SO., che, anche ove dimostrata, sarebbe inidonea al fine che ci occupa.

Essendo, viceversa, dirimente, al fine di riconoscere la effettività della autonomia giuridica di ciascuna società, la diversità delle attività di impresa da ciascuna posta concretamente in essere, in uno all'assenza di ogni riscontro in ordine ad una promiscuità d'uso del relativo personale.

Rispetto ai dati su indicati, infatti, priva di significativa rilevanza, al fine che ci occupa, risulta essere sia la (parziale) comunanza della compagine societaria e della sede legale (ma non anche di quella operativa, essendo comprovato che l'attività di medicina del lavoro era, di regola, espletata in locali diversi, come da visura camerale e teste F.), che la dedotta (ancorché non riscontrata) ingerenza, nella gestione del rapporto di lavoro di cui è causa, del dott. S. S. (che, quale accomandatario del C. D. e socio della SO., ben poteva espletare poteri direttivi per il personale di entrambe le aziende). I rilievi che precedono inducono a ritenere erronea la statuizione del Giudice di prime cure relativa alla declaratoria di illegittimità del recesso comminato alla P. (con le conseguenti pronunce risarcitorie) essendo stato lo stesso intimato dalla datrice di lavoro durante il periodo di (legittima) prova. Parimenti erronea è la statuizione di condanna al pagamento della somma di euro 1344,64 a titolo di retribuzione del mese di aprile 2009, essendo incontrovertibile che la somma de qua è stata corrisposta alla P. in corso di causa (id est alla udienza dell'8.07.2010 cui veniva consegnato l'assegno di euro 2.355,58 a tacitazione sia della retribuzione che delle indennità di fine rapporto).

Da confermare, viceversa, sono le statuizioni di rigetto delle ulteriori domande risarcitorie per lesione della professionalità, pure proposte dalla P. nel ricorso introduttivo del giudizio, siccome non oggetto di specifica impugnazione da parte di questa ultima.

Le spese di lite tra la SO. e la P. possono essere compensate in ragione della metà, considerata la soccombenza (virtuale) della SO. in ordine alla corresponsione della ultima retribuzione, la condizione socio economica delle parti ed il diverso esito dei due giudizi. La residua metà, liquidata in dispositivo, segue la prevalente soccombenza della P. nei confronti della SO. Le spese del doppio grado tra la P. ed il C. D. possono essere interamente compensate, considerata la limitata attività difensiva di quest'ultima per il tramite del medesimo difensore della SO. (antistatario). P.Q.M.

(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. Legittimità del patto di prova e rilevanza mansioni svolte. Cause di nullità. – 2. Regime

sanzionatorio in caso di recesso ingiustificato durante il periodo di prova. – 3. La decisione della Corte d'Appello.

Premessa

Il patto di prova è l'istituto giuridico disciplinato dall'art. 2096 cod. civ. che consente al datore di lavoro di valutare le capacità, le attitudini e il comportamento professionale del dipendente e, in caso di inefficienza e/o inadeguatezza alle mansioni a lui affidate, licenziarlo al termine dello stesso senza alcun obbligo di specificazione della giusta causa o del giustificato motivo oggettivo.

Il patto di prova – redatto per iscritto e di durata non superiore a sei mesi (ad eccezione dei dirigenti rispetto ai quali si riduce a tre mesi) – deve essere firmato da ambedue le parti e deve indicare con precisione le mansioni che il dipendente è tenuto a svolgere.

Quanto indicato nel patto circa le mansioni da svolgere riveste estrema importanza in quando deve dare la possibilità sia al lavoratore di impegnarsi secondo un programma ben definito in ordine al quale poter dimostrare le proprie capacità, attitudini ed il comportamento professionale, sia la facoltà del datore di lavoro di valutare l'esito della prova, che deve, quindi, svolgersi eseguendo i compiti dettagliatamente identificati nel patto stesso.

Ne discende che durante il periodo di prova non possono essere cambiate rispetto a quelle concordate nel contratto di assunzione pena l'impossibilità di licenziare per mancato superamento del periodo di prova con conseguente diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro con ogni effetto e conseguenza di legge.

1. Legittimità del patto di prova e rilevanza mansioni svolte. Cause di nullità

Quanto premesso induce a ritenere per converso che il patto di prova è nullo se tra le parti sono intercorsi precedenti rapporti di lavoro per le stesse mansioni: in tal caso, infatti, non vi è ragione di saggiare le capacità del dipendente che l'azienda, in realtà, conosce già. Pertanto il patto è illegittimo quando la prova è già intervenuta con esito positivo nel corso di precedente rapporto di lavoro tra le parti avente ad oggetto le medesime mansioni.

Conseguentemente il patto di prova si deve considerare nullo allorché, malgrado le mansioni e il livello di inquadramento possono essere formalmente diverse nei due rapporti di lavoro intrattenuti con due datori di lavoro tra loro collegati funzionalmente, nella sostanza, il dipendente ha svolto sempre le stesse mansioni.

La Suprema Corte di Cassazione ha nel corso degli anni più volte affinato i principi giurisprudenziali applicabili ai casi di mancato superamento del periodo di prova.

In particolare, ancora di recente¹, ha ribadito come il patto di prova non possa essere inserito nel contratto di lavoro se il dipendente in passato ha già svolto presso un'azienda diversa – ma titolare dello stesso contratto di appalto – mansioni identiche a quelle oggetto della prova. Per rendere valida la clausola che prevede la prova, non basta un cambiamento nominale delle nuove mansioni, ma è necessario che queste siano diverse da quelle precedenti anche sul piano sostanziale.

Lo stesso principio si applica, aggiunge la Cassazione, anche al caso di una lavoratrice che, nel corso della prova, ha svolto due tipologie di mansioni differenti. In una prima fase è stata assegnata esattamente alle mansioni concordate nel contratto di assunzione. In un secondo periodo, la dipendente ha svolto attività differenti da quelle inizialmente pattuite.

Riassumendo il patto di prova ha la finalità di consentire ad entrambe le parti del contratto di lavoro una verifica circa la convenienza del rapporto medesimo, in relazione alle mansioni affidate al dipendente; se tale verifica è già avvenuta in passato, e per un periodo congruo, a favore dello stesso datore o comunque a favore di un datore di lavoro diverso ma titolare dello stesso contratto di appaltatore o con lo stesso collegato funzionalmente e/o giuridicamente, ogni patto che preveda la prova è invalido. Rispetto a questo principio enunciato dalla Suprema Corte è del tutto ininfluente l'eventuale diversa denominazione assegnata alle mansioni: quello che conta, secondo i giudici di legittimità, è il contenuto reale dei compiti affidati al dipendente. Se questo contenuto rimane invariato nel passaggio dal vecchio al nuovo appaltatore e/o datori di lavoro collegati, non c'è spazio per inserire un secondo periodo di prova.

2. Regime sanzionatorio in caso di recesso ingiustificato durante periodo di prova

La stessa Suprema Corte ha indicato, altresì, la strada in merito alla questione del regime sanzionatorio applicabile a un recesso ingiustificato durante il periodo di prova.

È noto che la questione è oggetto di dibattito in dottrina. Sulla questione si fronteggiano due orientamenti differenti e precisamente, c'è chi sostiene che l'eventuale accertamento del recesso illegittimo intimato durante il periodo di prova comporta solo il diritto alla prosecuzione della prova per il periodo mancante o, in alternativa, al risarcimento del danno per i giorni residui non lavorati, e chi, per converso, sostiene che il lavoratore ha diritto alla reintegrazione sul posto di lavoro, ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

La Suprema Corte, con la sentenza su richiamata, si è orientata verso la tutela reale del lavoratore con diritto alla reintegra; tuttavia è doveroso precisare che

tale orientamento, anche se intervenuto nel 2015, in realtà fa riferimento alla norma nella versione antecedente alla riforma del 2012 (Fornero), che ha reso il sistema indennitario le regola generale applicabile ai licenziamenti ed ha trasformato la reintegra in un'eccezione. Se la controversia di cui ebbe ad occuparsi la Corte di Cassazione fosse ricaduta nell'ambito di applicazione della norma riscritta nel 2012 (o della disciplina contenuta nel Jobs act, applicabile ai lavoratori assunti dal 7 marzo del 2015) probabilmente la conclusione sarebbe stata di diverso tenore.

3. La decisione della Corte d'Appello

La vicenda da cui trae origine l'annotata sentenza riguarda una lavoratrice assunta con patto di prova presso una società (la SO.) e licenziata durante il periodo di prova stesso. La lavoratrice riferiva di aver lavorato, nel periodo immediatamente precedente alla prova con SO., senza soluzione di continuità e con contratto a tempo determinato, presso la CDN, società funzionalmente e giuridicamente collegata ad SO.

In primo grado, pertanto, la ricorrente, sul presupposto di essere stata destinataria di due distinti contratti di lavoro, uno a tempo determinato part-time con il CDN ed altro con la società appellante (SO.), sosteneva l'illegittimità del patto di prova stipulato con la nuova società, atteso il collegamento funzionale/giuridico tra le due società e la circostanza di essere lavoratrice "conosciuta" dal l.r.p.t della SO..

Il Tribunale di Napoli, in funzione del Giudice del Lavoro, accoglieva la domanda della lavoratrice condannando la convenuta SO. al pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegra.

Investita della questione la Corte d'Appello partenopea ha accolto il ricorso proposto dalla SO. srl e riformato la sentenza di primo grado. I giudici dell'appello, in particolare, hanno applicato i su indicati principi offerti dalla Corte di Cassazione procedendo alla verifica, sul piano sostanziale, dell'uniformità e sovrapposibilità delle mansioni svolte dalla lavoratrice presso la SO. srl e la precedente datrice C.D.N. sas. La Corte pertanto, da un lato ha sostenuto l'irrilevanza, ai fini del giudizio di validità del patto di prova, del preteso collegamento giuridico/funzionale delle due società nonché della circostanza che il legale rappresentante di SO. già conoscesse la lavoratrice; dall'altro, al contrario, ha dichiarato la rilevanza degli elementi risultanti dalla fase istruttoria in relazione alle effettive mansioni espletate dalla P. e, nello specifico, il diverso inquadramento e la differente attività svolta dalle due società.

Il Giudice d'Appello scrive «a voler in ipotesi ritenere la sussistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, la nullità del patto di prova non poteva che passare da una valutazione sulle mansioni affidate in concreto alla dipendente, essendo ben possibile che un soggetto assunto a termine per una de-

¹ Cass. Civ., Sez. Lav., 22 maggio 2015 n. 10618.

terminata attività lavorativa, sia di poi destinatario di una proposta di assunzione a tempo indeterminato cui (ove avente ad oggetto mansioni superiori o comunque diverse da quelle precedenti) può legittimamente accompagnarsi la previsione di periodo di prova» ed ancora «Tanto premesso è da rilevare che la superiorità (e, a fortiori, diversità) delle mansioni affidate alla P. dalla SO. rispetto a quelle espletate per il C. D. emerge dal dato documentale offerto dai contratti di lavoro intercorsi tra le parti, essendo l'assunzione da parte del C. D. avvenuta a termine, per la sostituzione della lavoratrice assente (per maternità) D. R., come impiegata di 3 Livello del CCNL Studi Professionali. Laddove l'assunzione, a tempo indeterminato con periodo di prova di 90 giorni, da parte della SO. quale impiegata di concetto con inquadramento nel 2 livello... *omissis*... Del resto la non sovrapposibilità delle mansioni espletate dalla appellata in favore del C.D. e della SO. emerge, in via presuntiva, dalla diversità dell'attività espletata dalle stesse, occupandosi, rispettivamente, l'una di laboratorio di analisi cliniche e l'altra di sorveglianza sanitaria e sicurezza in materia di medicina del lavoro (come comprovato dalle indicazioni delle visure camerali relative alle indicazioni delle "attività di impresa" e dai testi indotti dalle attuali appellate)».

Rassegna di legittimità

Abuso di informazioni privilegiate ex art. 187 bis del t.u.f. – provenienza dell'informazione da un terzo – rilevanza – esclusione

Ai fini della configurabilità dell'abuso di informazioni privilegiate, ex art. 187 bis del T.U.F., non occorre che l'informazione (nella specie, un progetto di OPA finalizzata al "delisting") sia stata trasmessa da altri all'agente, essendo sufficiente che questi ne abbia avuto comunque conoscenza (se del caso, anche per averla ideata).

Cass., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24310, Pres. Petitti - Est. Cosentino

Comunione e condominio – impugnazione delibere condominiali – motivo nuovo di nullità in appello – inammissibile

In tema di impugnazione delle delibere condominiali, la richiesta di accertamento, per la prima volta in grado di appello, di un motivo di nullità diverso da quelli proposti in primo grado è inammissibile, a ciò ostando il divieto di "nova" ex art. 345, comma 1, c.p.c., salva la possibilità per il giudice del gravame – obbligato comunque a rilevare d'ufficio ogni possibile causa di nullità – di convertirla ed esaminarla come eccezione di nullità legittimamente formulata dall'appellante, ai sensi comma 2 del cit. art. 345.

Cass., sez. II, 27 settembre 2017 n. 22678, Pres. Bianchini - Est. Varrone

Contratto di "advisoring" – legittimazione a far valere la nullità per mancanza di forma scritta – art. 17 del R.D. 2440 del 1923 e art. 23, comma 3, TUF – prevalenza del regime ex art. 17 del R.D. n. 2440 del 1923 – fondamento

Con riferimento a contratto di cd. advisoring, il regime di cui all'art. 17 del R.D. n. 2440 del 1923 – che prevede la forma scritta "ad substantiam", e dunque a pena di nullità, rilevabile d'ufficio ed eccepibile anche dalla controparte della P.A. – prevale su quello previsto dall'art. 23, comma 3, TUF – che prevede che la mancanza della forma scritta sia rilevabile dal solo cliente e quando cliente sia una P.A. solo da questa - dovendosi privilegiare la tutela dell'interesse al regolare svolgimento dell'attività amministrativa e di tutela della risorse pubbliche, in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost.

Cass., sez. I, 27 ottobre 2017, n. 25631, Pres. Nappi - Est. Lamorgese

Deposito di copia della comunicazione del provvedimento impugnato – necessità – omissione – improcedibilità – sanatoria mediante deposito di copia della notifica eseguita da controparte – esclusione

Il mancato deposito di copia della comunicazione di cancelleria del provvedimento impugnato determina l'improcedibilità del ricorso per regolamento di competenza; né tale omissione è sanabile con il deposito di copia della notifica di detto provvedimento eseguita dalla controparte, la quale non consente neppure il controllo circa la tempestività del regolamento medesimo, da proporsi nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione di cancelleria, ex art. 47, comma 2, c.p.c.

Cass., sez. VI, 26 settembre 2017, n. 22411, Pres. Petitti - Est. D'Ascola

"Handler" aeroportuale – qualificazione come ausiliario del vettore aereo – conseguenze risarcitorie – convenzione di montreal sulla responsabilità – applicabilità

Le Sezioni Unite hanno affermato il principio che all'operatore di "handling" va riconosciuta la posizione di ausiliario del vettore aereo, con le seguenti conseguenze: (a) il trasporto della merce inizia quando il mittente la consegna all'"handler" nell'aeroporto di partenza ed ha termine quando l'"handler" la consegna al destinatario in quello di destinazione; (b) il vettore è responsabile del fatto colposo dell'"handler"; (c) questi non risponde a titolo contrattuale nei confronti del mittente o del destinatario essendo il fatto dell'ausiliario imputabile "ex contractu" al debitore (vettore) e non al suo autore materiale ("handler"); (d) il fatto dell'ausiliario, in ipotesi di condotta dolosa o colposa, è peraltro

imputabile al suo autore a titolo extracontrattuale, cosicché l'“handler” risponde nei confronti del destinatario della merce ex art. 2043 c.c., in solido con il vettore; (e) in quanto ausiliario del vettore aereo, l'“handler”, pur rispondendo a titolo extracontrattuale, può beneficiare delle limitazioni di responsabilità, come espressamente previsto dal combinato disposto degli artt. 22 e 30 della Convenzione di Montreal, nonché della disciplina uniforme convenzionale dettata in tema di decadenza dall'azione risarcitoria e di prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

Cass., sez. un., 20 settembre 2017, n. 21850, Pres. Canzio - Est. Travaglino

Provvedimenti del giudice dell'esecuzione – trasmissione atti dal P.M. – sospensione dei termini di una procedura esecutiva per richiedente elargizione L.n. 44/1999 – poteri G.E.

Le Sez. U. – su ricorso nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c. – hanno affermato che il G.E. al quale sia trasmesso il decreto del P.M. che, sulla base dell'elenco fornito dal Prefetto, dispone la sospensione dei termini di una procedura esecutiva a carico del richiedente l'elargizione di cui alla l. n. 44 del 1999, non può sindacare né la valutazione del P.M. sulla sussistenza del presupposto della provvidenza sospensiva, né l'idoneità della procedura esecutiva ad incidere sull'efficacia dell'elargizione richiesta, spettando, invece, al g.e. sia il controllo della riconducibilità del provvedimento del P.M. all'art. 20, comma 7, della l. n. 44 del 1999, sia l'accertamento che esso riguarda uno o più processi esecutivi pendenti dinanzi al suo ufficio e sia la verifica che nel processo esecutivo in corso, o da iniziare, decorra un termine in ordine al quale il provvedimento sospensivo possa spiegare effetti”.

Cass., sez. un., 20 settembre 2017, n. 21854, Pres. Rordorf - Est. Frasca

Reg. CE n. 44 del 2001 – controversia transnazionale – individuazione ordinamento e giudice competente – limiti

L'art. 6, n. 1, del Regolamento CE n. 44 del 2001 nel prevedere che la persona, fisica o giuridica, domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro “in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato” non si limita ad individuare l'ordinamento in cui può essere radicata la controversia transnazionale, ma designa anche il giudice territorialmente competente all'interno del medesimo; resta però affidata alla “lex fori” la disciplina della proposizione e del rilievo del difetto di competenza territoriale del giudice adito, ove diverse da quello individuato in base alla norma del Regolamento, giacché la violazione di questa rileva, ai fini dell'esclusione della giurisdizione, soltanto ove una tale violazione si traduca nel citare il convenuto davanti al giudice di uno Stato membro diverso dallo Stato membro individuato in base alle norme del Regolamento.

Cass., sez. un., 03 novembre 2017, n. 26145, Pres. Rordorf - Est. De Stefano

Registrazione del contratto – nullità – sussistenza – limiti – conseguenze

La mancata registrazione del contratto di locazione di immobili ne comporta nullità; essa, ove da sola sussistente, consente la produzione degli effetti del contratto con decorrenza ex tunc, nel caso in cui la registrazione sia effettuata tardivamente. È nullo il patto col quale le parti di un contratto di locazione di immobili ad uso non abitativo concordano occultamente un canone superiore a quello dichiarato; detta nullità “vitiatur sed non vitiat”, con la conseguenza che solo il patto risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione.

Cass., sez. un., 09 ottobre 2017, n. 23601, Pres. Rordorf - Est. Travaglino

Sanzioni amministrative – solidarietà – estinzione obbligazione principale per mancata tempestiva notifica – azione di regresso – sussistenza

Le Sezioni Unite hanno affermato che la solidarietà prevista dall'art. 6 l. n. 689 del 81 persegue anche uno scopo pubblicistico di deterrenza generale nei confronti di quanti abbiano interagito con il trasgressore. Pertanto, l'obbligazione del corresponsabile solidale non viene meno nell'ipotesi in cui quella dell'obbligato in via principale, ai sensi dell'art. 14, ultimo comma, della detta legge, si estingua per mancata tempestiva notificazione; con l'ulteriore conseguenza che l'obbligato solidale che abbia pagato la sanzione conserva l'azione di regresso per l'intero verso l'autore della violazione, il quale non può eccepire l'estinzione del suo obbligo verso la P.A.

Cass., sez. un., 22 settembre 2017, n. 22082, Pres. Rordorf - Est. Manna

Superamento del tasso soglia – stipulazioni anteriori all'entrata in vigore della Legge n. 108 del 1996 – nullità – inefficacia – contrarietà a b.f. – esclusione

Le Sezioni Unite hanno affermato che qualora il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuuario superi, nel corso del rapporto, la soglia dell'usura, come determinata in base alle disposizioni della Legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola di determinazione del tasso degli interessi pattuita prima dell'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996, o della clausola successiva di un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; ed hanno escluso che la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato possa essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, Pres. Rordorf - Est. De Chiara

Rassegna di merito

CENTRALE RISCHI: illegittima la segnalazione del cliente tra i cattivi pagatori in mancanza di specifico avviso

L'atto di "avvertimento con preavviso" ovvero di "avviso" dell'imminente segnalazione del cliente tra i cattivi pagatori, di cui il citato art. 4, comma 7, integra una dichiarazione recettizia, in quanto specificamente diretta alla persona dell'interessato, con tutti gli effetti che ne conseguono, nel perdurante difetto di regolarizzazione della propria posizione da parte di quest'ultimo entro il periodo di preavviso.

L'onere di preventivo avvertimento, di cui alla norma dell'art. 4, comma 7 della Delib. Garante Privacy 16 novembre 2004, n. 8, risulta assolto solo quando la relativa dichiarazione abbia effettivamente raggiunto il domicilio del destinatario, salva comunque restando l'eventualità che quest'ultimo provi di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

Cass., sez. I, 13.06.2017, Pres. Giancola – Rel. Dolmetta

CMS – USURA: non rientra tra le voci di costo per la verifica del superamento del TSU

La commissione di massimo scoperto non deve essere computata al fine di determinare l'eventuale superamento del tasso soglia fino al 31.12.2010.

In merito ad un rapporto di conto corrente l'espressa pattuizione di tutte le clausole e la determinazione delle spese e della decorrenza degli addebiti esclude la nullità di tali clausole anche sotto il profilo della indeterminatezza; mentre per quanto concerne la CMS, è sufficiente la specifica pattuizione del tasso, in quanto la base di calcolo è lo scoperto del conto di volta in volta verificatosi.

Trib. Pavia, 16.05.2017, Dott. Andrea Pirola

INDEBITO BANCARIO: le annotazioni in c/c di una posta d'interessi non costituiscono pagamenti

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

Trib. Trani, 24.07.2017, Dott. Nicola Milillo

LEASING: l'utilizzatore di un natante non può esperire le tutele giuridiche previste in favore del consumatore privato

L'utilizzatore ha legittimazione attiva rispetto a tutte le azioni esperibili dalla società di leasing che per suo nome e conto ha procurato l'acquisto.

Tuttavia, il predetto utilizzatore non può cumulare alla specifica tutela prevista per il contratto di compravendita stipulato dalla società di leasing nel suo interesse anche quella tutela di cui potrebbe beneficiare laddove avesse lui stesso in prima persona proceduto all'acquisto.

Altrimenti esplicitato, la scelta di acquistare un bene attraverso la stipula di un contratto di locazione finanziaria ragionevolmente preclude all'utilizzatore del bene la possibilità di esperire le tutele giuridiche previste a tutela del consumatore privato, che si trovi a contrattare e ad acquistare, in nome e conto proprio, da un professionista.

E tali considerazioni assumono pregnanza specifica se si considera che la natura del bene oggetto dell'acquisto di cui si controverte è costituito da un'imbarcazione di medio-grandi dimensioni; bene che per la rilevanza dei costi sia di

acquisto che di gestione si presta ad un "consumo" oltremodo limitato ad una fascia di acquirenti particolarmente esperti del settore e, dunque, difficilmente annoverabili fra quelli che il codice del consumo di cui innanzi ha preso in considerazione per apprestare la tutela in esso disciplinata.

Corte d'Appello Napoli, 11.01.2017, Pres. Giordano – Rel. D'Avino

LITE TEMERARIA: condannata la parte che deduce l'usura, sostenendo la tesi della sommatoria dei tassi

La condotta della parte che abbia fatto affidamento su contestazioni manifestamente infondate e che abbia inteso fondare la propria strategia difensiva esclusivamente sulle stesse, non appare ispirata ad un canone di sia pur minima diligenza ed è sanzionabile a titolo di responsabilità aggravata, ex art. 96 c.p.c..

Il presupposto per la responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. è da rinvenirsi nella condotta di chi abbia agito con mala fede o colpa grave, spiegando doglianze manifestamente infondate, in quanto incentrate su ricostruzioni del tutto fantasiose ed incompatibili sia con una serena comprensione del modus operandi dei contratti di mutuo ipotecario, sia con una lettura di "buon senso" dei rapporti contrattuali.

Il far affidamento sulle prospettazioni di tecnici nel settore contabile non esonera la parte dalle conseguenze derivanti dalla totale e manifesta infondatezza di quelle prospettazioni, atteso che costituisce un dato notorio il proliferare di perizie funzionali a far risultare in ogni caso l'usurarietà dei contratti bancari.

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 27.03.2017, Dott. Valerio Colandrea

MEDIAZIONE: il termine assegnato dal giudice per l'introduzione dell'istanza non è perentorio

Il termine per l'attivazione del procedimento di mediazione concesso dal giudice non è un termine processuale ed il procedimento di mediazione non è assimilabile al procedimento ordinario ma costituisce uno strumento di risoluzione delle liti alternativo al procedimento ordinario e giurisdizionale.

La mancata osservanza del termine assegnato dal giudice per la mediazione non può essere interpretato alla stregua del mancato tentativo di mediazione nei casi in cui esso sia previsto come obbligatorio, pertanto, in caso di opposizione a decreto ingiuntivo anche se la mediazione è esperita tardivamente l'opposizione è procedibile.

Corte d'Appello Milano, 07.06.2017, Pres. Santosuosso – Est. Fiecconi

MUTUO – CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA: la volontà di avvalersene non deve essere contenuta in un atto stragiudiziale

La clausola risolutiva espressa attribuisce al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto, dispensando dall'onere di provare la gravità dell'inadempimento, atteso che quest'ultima non ha carattere vessatorio, non essendo riconducibile ad alcuna delle ipotesi previste dall'art. 1341 c.c., neanche in relazione all'eventuale previsione della limitazione della facoltà di proporre eccezioni, in quanto, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto è connessa alla stessa posizione di contraente e la clausola risolutiva si limita soltanto a rafforzarla.

La dichiarazione di volersi avvalere della clausola non deve essere necessariamente contenuta in un atto stragiudiziale precedente alla lite, potendo manifestarsi anche con l'atto introduttivo del giudizio e, dunque, nel caso in esame con il ricorso monitorio.

La clausola "a prima richiesta" conferisce al creditore la facoltà di chiedere al fideiussore il pagamento del debito senza la necessità della preventiva escussione del debitore principale, ma non determina una graduazione delle obbligazioni dei vari fideiussori; in sostanza, tale garanzia ha lo scopo di rafforzare la posizione del creditore, ma non determina alcun beneficio agli altri fideiussori i quali ben possono essere escussi contemporaneamente alla società; peraltro, la garanzia prestata da una società di garanzia, anche nel caso in cui non venga contestata dalla Banca, non fa venir meno il diritto della creditrice di chiedere il pagamento anche agli altri fideiussori.

Trib. Napoli, 10.03.2017, Dott. Roberto Notaro

MUTUO – ISC: l'omessa indicazione non inficia la validità del contratto

L'omessa specificazione nel contratto di mutuo dell'indicatore sintetico di costo non inficia la validità del contratto, costituendo tale indicatore, al pari del documento di sintesi, uno strumento di carattere informativo, ma non un requisito tassativo ed indefettibile del regolamento negoziale.

Non è considerato nullo il contratto di mutuo fondiario privo dell'indicatore sintetico costo, ancorché stipulato dopo l'entrata in vigore della delibera C.I.C.R. del 4 marzo 2003, n. 10688, atteso che l'ISC assolve ad una funzione di pubblicità e di informazione precontrattuale, pertanto, qualora nel contratto sia riportati i tassi di interesse e gli oneri economici il cliente può determinare attraverso questi ultimi il costo complessivo dell'operazione senza dover necessariamente far riferimento all'ISC.

La commissione di anticipata estinzione del mutuo, integrando un onere meramente eventuale, destinato a generarsi solo a seguito dell'esercizio di una facoltà concessa al cliente, non costituisce una forma di remunerazione collegata

all'erogazione del credito, sicché, al pari degli interessi moratori, non può concorrere a determinare il tasso effettivo globale della singola operazione di finanziamento.

Trib. Salerno, 05.06.2017, Dott. Alessandro Brancaccio

NOTAIO: in caso di falsa identità responsabile se omette di chiedere l'esibizione del documento riconoscimento

È negligente il notaio il quale, nonostante dichiarare nell'atto di mutuo di "essere certo" dell'identità personale dei presenti –ometta in realtà di chiedere alle parti l'esibizione del documento d'identità, con conseguente evidente violazione dell'obbligo sancito dall'art. 49 l. 89/1913, così come sostituito dall'art. 1 l. 333/1976.

Deve escludersi, per il rilevante ruolo di garanzia svolto dal notaio e per la sua qualifica professionale, che, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di cui all'art. 49 l. 89/1913, possa rilevare un eventuale precedente accertamento compiuto dall'istituto di credito mutuante o la tipologia dei locali individuati per la stipulazione.

Trib. Genova, 20.04.2016, Dott. Alberto La Mantia

RIPETIZIONE INDEBITO: il correntista deve produrre l'estratto conto zero

In materia di rapporti bancari, è onere del correntista che agisce con la domanda di accertamento negativo del debito di fornire la prova della fondatezza della propria domanda per cui dovrà produrre l'estratto conto zero, tanto più ove si tenga conto che tale estratto conto gli è necessariamente stato inviato ex lege, atteso che il correntista ne ha o ne abbia avuto la disponibilità avendo altresì l'onere di conservazione, posto che si trova in posizione paritaria rispetto alla Banca sotto il profilo della possibilità di produrre il documento.

Trib. Salerno, 18.07.2017, Dott. Giorgio Jachia

USURA: interessi di mora e penale di estinzione anticipata esclusi dal calcolo del TEG

La penale di anticipata estinzione va esclusa dal calcolo del tasso usurario sia in quanto tale esclusione è espressamente stabilita dalle Istruzioni della Banca d'Italia al punto C4, sia in quanto, trattandosi di un costo del credito solo "eventuale", non rappresenta un onere immediatamente collegato alla erogazione del credito, come richiesto dall'art. 644 c.p. con la conseguenza che l'inclusione nel TAEG dell'incidenza percentuale di detta penale determinerebbe un'indebita sommatoria fra voci eterogenee per natura e funzione.

Gli interessi di mora devono essere esclusi dalla verifica del rispetto della soglia d'usura sia in ragione della diversità ontologica e funzionale degli interessi corrispettivi e moratori, sia in ragione dell'alternatività degli stessi.

La tesi dell'inclusione degli interessi di mora nel vaglio anti-usura contrasta anche con la ratio sottesa alla fattispecie delittuosa di cui all'art. 644 c.p., che sanzionando la condotta di chi si fa dare o promettere interessi a altri vantaggi usurari quale corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, considera rilevanti ai fini dell'integrazione degli estremi dell'usura, solo quelle prestazioni di natura corrispettiva legate alla fisiologica attuazione del programma negoziale, non anche alle prestazioni riconducibili alla mora debendi.

Posto che i decreti del MEF con cui sono periodicamente individuati i tassi effettivi globali medi rilevanti ai fini dell'usura non tengono in considerazione gli interessi moratori, sarebbe del tutto illogico prendere in considerazione soglie determinate con riferimento ai soli interessi corrispettivi e a tutti gli oneri connessi all'erogazione del credito.

Trib. Agrigento, 31.10.2017, Dott.ssa Silvia Capitano

USURA: la decisione n.23192/17 della Cassazione non è dirimente per sostenere la tesi della sommatoria dei tassi

Non è dirimente, per sconfessare la tesi contraria al cumulo, la recente ordinanza n. 23192/17 del 4.10.2017 della sesta sezione civile della Cassazione, la cui motivazione non convince affatto, in quanto scarna e poco articolata, tale da non sufficientemente chiarire se la Corte abbia voluto censurare la motivazione del Giudice di merito per non aver considerato l'eventuale usurarietà riguardo ai soli interessi moratori o, diversamente, a quelli corrispettivi cumulati con quelli moratori.

L'ontologica diversità di funzione degli interessi corrispettivi e di mora non consente di procedere al cumulo finalizzato a stabilire il valore del cd. tasso soglia ex legge 108, perché così facendo si porrebbe all'assurdo di ritenere automaticamente nulle tutte le clausole contrattuali che, pur potendo fissare il tasso dell'interesse corrispettivo per il periodo di ammortamento entro il limite del tasso soglia stabilito per legge, non potrebbero neppure applicare, nel caso di ritardato pagamento, gli interessi moratori al tasso legale che l'art. 1224 c.c. stabilisce di diritto, perché anche in questo caso, seguendo il criterio del cumulo, si arriverebbe sempre al superamento del fatidico limite del tasso soglia.

La stessa Banca d'Italia nelle sue rilevazioni trimestrali dei tassi medi non ha volutamente incluso nel TEGM gli interessi di mora, oggetto di separata rilevazione, a conferma che i due tassi non possono essere e non vanno sommati.

Trib. Velletri, 08.11.2017, Pres. Dott. Marcello Buscema

USURA: non può sostenersi la tesi della sommatoria tassi in virtù della decisione Cass. Civ. 23192/2017

È erroneo l'assunto della sommatoria aritmetica tra il tasso degli interessi corrispettivi e quello dei moratori, i quali, per contro, divergenti per natura e funzione, vanno confrontati, sotto il profilo dell'usura genetica, ciascuno autonomamente rispetto al tasso soglia. La tesi della sommatoria in astratto dei due tassi non è applicabile neanche tenendo in considerazione il pronunciamento della Suprema Corte (Cass. Civ. Sez. VI Ord. 23192/2017) richiamato dagli attori, giacché dal tenore dell'ordinanza sembra evincersi solo il principio secondo cui l'usura non può essere esclusa per il solo divieto della sommatoria. Nella specie, però, l'indagine viene svolta anche confrontando il tasso moratorio singolarmente, il quale, lo si è già detto, risulta inferiore al tasso soglia.

Trib. Sulmona, 30.10.2017, Dott. Daniele Sodani

USURA-LEASING: gli interessi di mora sono irrilevanti ai fini della L. 108/96

Gli interessi di mora pattuiti contrattualmente per l'eventuale e futura fase patologica, non partecipano al costo del finanziamento, non costituendo altresì un costo collegato all'erogazione del credito da includere nel calcolo del TEGM per la rilevazione del tasso - soglia.

Rapportare il tasso effettivo di un singolo contratto, comprendendovi anche il tasso di mora, significherebbe operare un rapporto tra entità non omogenee.

Gli interessi di mora entrano in gioco esclusivamente nell'eventuale fase patologica del rapporto e vengono applicati sulla singola rata insoluta.

La previsione della clausola di salvaguardia vale a precludere l'automatico superamento del tasso - soglia.

Trib. Roma, 24.10.2017, Dott.ssa Maria Luparelli

USURA MORATORI: non si può utilizzare come parametro il TAEG degli interessi corrispettivi

Ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, la sommatoria degli interessi corrispettivi con quelli di mora non ha alcun fondamento giuridico e matematico. Nessuna rilevazione trimestrale viene eseguita per gli interessi di mora, che hanno una natura ontologicamente diversa da quella degli interessi corrispettivi, destinati ad essere applicati solo in via meramente eventuale, nel caso di inadempimento della parte debitrice, ed hanno una funzione non corrispettiva ma risarcitoria del danno derivante al creditore, sì che la loro quantificazione dipende da una serie di fattori non direttamente collegate al costo del denaro, che al contrario è il parametro che verosimilmente maggiormente influenza la determinazione del corrispettivo per l'erogazione del credito.

Mancando qualsiasi rilevazione ufficiale per gli interessi di mora, sarebbe privo di giustificazione logica e giuridica, assumere come parametro il TAEG rilevato per gli interessi corrispettivi, trattandosi di due entità non omogenee.

L'eventuale nullità del patto relativo agli interessi di mora non si estende alla diversa clausola che determina gli interessi corrispettivi, trattandosi di pattuizioni tra loro distinte, aventi natura e rispondenti a finalità diverse, e quindi, anche nel caso di previsione di interessi moratori oltre il limite della legge 108/1996, da ciò non conseguirebbe la gratuità del contratto ma solo la non debenza di tali accessori.

Trib. Milano, 05.10.2017, Dott. Carlo Maddaloni

Diritto e procedura penale

LA NUOVA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO ALLA LUCE DELLA LEGGE GELLI-BIANCO	984
di Annalisa Imparato	
LIMITI APPLICATIVI DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA E DIVIETO DI <i>REFORMATIO IN PEJUS</i>	990
di Martina Tarzia	
SEQUESTRO DI MATERIALE INFORMATICO POI RESTITUITO: AMMISSIBILE IL RIESAME PUR DELLA SOLA COPIA. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 20 luglio 2017, n. 40963</i>	999
di Erica Vicentini	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	1012
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	1016
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	1019
a cura di Giuseppina Marotta	



La nuova responsabilità penale del medico alla luce della legge Gelli-Bianco

abstract

This elaborate traces the development of case-law and legislation of criminal liability of medical operators, analyzing the recent ruling of the Court of Cassation No. 28187 of 2017 providing an interpretation of article 590 sexies criminal code introduced by law 24/2017. Art. 590 sexies criminal code introduces a new cause of exclusion of the guilt, by repealing art. 3 Law 189/2012: basically, it deletes any reference to the distinction between gross negligence and simple negligence, so it is less favourable than it was in art. 3, which is still applicable to simple negligence previous facts. In addition, Balduzzi is certainly considered more favourable, even when, according to the most recent case law that formed on the subject, it is considered extendable to negligence and imprudence profiles, considering that art. 590 sexies criminal code can only be applied to circumstances characterized by inexperience.

keywords

Malpractice – Medical Liability – Law 24/2017 – Cause of exclusion of the guilt.

abstract

Il presente studio ripercorre l'evoluzione normativa e pretoria della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, analizzando la recente pronuncia della Corte di Cassazione nr. 28187 del 2017 che fornisce un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 590 sexies c.p. introdotto con la Legge 24/2017. L'art. 590 sexies c.p. prevede una nuova causa di esclusione della colpevolezza, abrogando l'art. 3 Legge 189/2012: in sostanza, elimina ogni riferimento alla distinzione tra colpa grave e colpa lieve, perciò risulta meno favorevole rispetto all'art. 3 abrogato, che sarà applicabile ai fatti pregressi connotati da colpa lieve. Inoltre, la Balduzzi va considerata certamente più favorevole anche qualora la si ritenga possibile estendere, conformemente alla più recente giurisprudenza formata in materia, ai profili di negligenza ed imprudenza, essendo applicabile l'art. 590 sexies c.p. ai soli casi connotati da imperizia.

parole chiave

Colpa medica – Responsabilità sanitaria – Legge 24/2017 – Causa di esclusione della punibilità.

sommario

1. La responsabilità sanitaria: cenni storici. – 2. Legge Gelli-Bianco: *ratio* e nuovo regime. Ad un passo dal Decreto Balduzzi? – 3. Art.590-*sexies* c.p.: ermeneusi e conformità a principi costituzionali. – 4. Una nuova causa di esclusione della punibilità? L'indirizzo della Corte di Cassazione n. 28187/2017. – 5. Profili di diritto intertemporale.

1. La responsabilità sanitaria: cenni storici

La Legge Gelli-Bianco, 8 marzo 2017 n.24 si inserisce nel lungo, ed invero tortuoso, percorso di riforma della materia della responsabilità medica iniziato dal legislatore con la l. 189/2012, cd. Balduzzi che ha tratteggiato il perimetro della colpa medica.

I dubbi interpretativi generati dalla riforma Balduzzi –oggetto di numerosi interventi giurisprudenziali –hanno minato il regime voluto dal legislatore, rendendo opinabile la *ratio* della normativa e il perseguimento dei pregevoli interessi sottesi alla stessa.

La riforma del 2017 si inserisce nel solco delineato dal precedente intervento del 2012, nel chiaro intento di recepire parte di quegli indirizzi pretori che hanno fornito una luce guida agli operatori del diritto, brancolanti nel buio della spinosa regolamentazione vigente.

L'importanza della funzione sociale della professione sanitaria, la sua intrinseca pericolosità, unitamente alla necessità di dettare una regola al rapporto medico-paziente hanno spinto il legislatore ad interrogarsi sulle zone d'ombra che avevano coperto la disciplina de quo, causate anche da diverse impostazioni volute e dettate dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, senza mai fissare una regola *iuris* in grado di comprimere entro dettami ben precisi questa professione, a discapito, spesso, della tutela del diritto alla salute costituzionalmente protetto.

Il regime penalistico della responsabilità del medico, sin dagli anni '70-80 è stato appiattito sul regime civilistico della colpa professionale, basato sull'art. 2236 c.c. che esenta il prestatore d'opera professionale dalla responsabilità per colpa lieve in caso di prestazione che comportasse la risoluzione di problemi di particolare complessità: ne derivava una zona franca per le ipotesi di colpa grave, cioè quella derivante da errore inescusabile. Tale parallelismo è stato criticato

fortemente, per la diversità ontologica e funzionale dei due ordinamenti civilistico e penalistico, dalla Corte Costituzionale la quale, con la sentenza n. 166/1973 ha ritenuto di dover limitare l'esenzione di responsabilità per colpa grave, alle sole ipotesi di imperizia, cioè di violazione delle regole tecniche e specifiche proprie di una determinata materia scientifica. Il diritto penale, infatti, non conosce due categorie di colpa, grave e lieve, perché l'art. 43 c.p. introduce il solo criterio di imputazione della colpa, relegando la graduazione della colpa al momento successivo dell'applicazione della sanzione *ex art.* 133 c.p. ad opera del giudice.

Questo intervento della Consulta, ha così aperto le porte ad una impostazione maggiormente rispettosa dei principi del diritto penale: la giurisprudenza di legittimità iniziò ad escludere ai fini dell'accertamento della responsabilità l'art. 2236 c.c. in favore di una valutazione della colpa professionale sulla base della regola generale *ex art.* 43 c.p., rivendicando l'autonomia dell'ordinamento penalistico.

L'art. 2236 c.c. assurgeva, così, a regola di esperienza cui il giudice deve attingere per valutare l'imperizia del sanitario nei soli casi di particolare complessità.

Di contro, se da un lato aumentavano le istanze di tutela da parte di pazienti per i casi di *malpractice*, dall'altro, si estendeva sempre di più il fenomeno della medicina difensiva: i medici, per evitare ab origine l'instaurarsi di giudizi legati al rischio clinico, compivano scelte diagnostiche e terapeutiche indirizzate alla tutela di sé stessi da eventuali azioni giudiziarie e non, come dovrebbe essere, rivolte alla cura e al bene del paziente.

La Legge Balduzzi del 2012 viene introdotta proprio per stigmatizzare questo fenomeno venendo incontro alle istanze solidaristiche avanzate dal mondo politico e dai cittadini, in un'ottica di ponderazione dei diversi interessi contrapposti. L'effetto è stato devastante: numerose pronunce della Corte di Cassazione anche di segno opposto; disorientamento tra gli operatori giuridici.

La Legge Balduzzi riportava in auge una distinzione non tanto cara agli studiosi di diritto penale, quella tra colpa lieve e colpa grave, del tutto taciuta dal codice penale: l'art. 3 escludeva la punibilità di colui che avesse cagionato l'evento per colpa lieve allorquando avesse rispettato le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. La norma, in sostanza, aveva adoperato una *abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 c.p. avendo ristretto l'area penalmente rilevante alla sola colpa grave, escludendo tutte le ipotesi di colpa lieve, senza specificarne il significato, rimesso al prudente apprezzamento dell'interprete.

La zona franca per il sanitario era evidente: le linee guida ove rispettate rappresentavano l'alibi perfetto per il sanitario il quale rispondeva solo ove versasse in

colpa grave pur adeguandosi alle direttive. In sostanza, secondo la giurisprudenza prevalente, il sanitario non risponde se ha errato, con colpa lieve, nell'applicare le linee guida, nonostante il caso concreto imponesse di discostarsene ma anche nelle ipotesi in cui il medico abbia, con colpa lieve, errato nell'esecuzione delle attività raccomandate dalle linee guida.

2. La Legge Gelli-Bianco: *ratio* e nuovo regime. Ad un passo dal Decreto Balduzzi?

La legge 24 del 2017, entrata in vigore il 01.04.2017, ha positivizzato gli indirizzi pretori susseguitesi dopo l'introduzione della Legge Balduzzi, nel chiaro intento di far chiarezza sul regime della responsabilità del medico per morte o lesioni personali.

È stato introdotto l'art. 590-*sexies* c.p. il quale esclude la punibilità quando l'evento è stato causato da imperizia – mancata osservanza delle *leges artis* – allorquando il medico si sia conformato alle raccomandazioni espresse dalle linee guida o alle buone pratiche assistenziali, purché adeguate al caso concreto. Tale nuova norma incriminatrice nasce con la presunzione di superare le oscurità dell'art. 3 l. Balduzzi, perché fa riferimento alla sola perizia, cancella ogni richiamo alla colpa lieve e colpa grave e valorizza il caso concreto. Ma questi elementi sono sufficienti a cancellare cinque anni di perplessità?

Andiamo con ordine.

Prima di esaminare gli elementi costitutivi della nuova norma incriminatrice è opportuno sviscerarne la *ratio*.

Nel solco della riforma del 2012, il legislatore ha voluto creare un sistema autoreferenziale in materia di responsabilità medica cercando di contemperare due opposte esigenze: da un lato limitare la medicina difensiva, tra le cause del profondo deficit della sanità italiana, dall'altro operare un controllo sull'operato del professionista a tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.

Il proliferarsi di giudizi, civili e penali, relativi a casa di colpa professionale – *id est* medica – ha spinto i professionisti sanitari a compiere scelte diagnostiche e terapeutiche tali da preservare sé stessi dalle azioni giudiziarie, allontanandosi sempre più dall'interesse primario del paziente, con grave compromissione del rapporto medico-paziente improntato su fiducia e professionalità.

La riforma del 2017, seppur tra le perplessità, si impone questo ambizioso risultato.

Obiettivo del legislatore è sicuramente, tra gli altri, quello di conferire maggiore precisione e determinatezza alle fattispecie incriminatrici, alla luce della costante esigenza di eterointegrazione conformemente al principio di legalità *ex art.* 7 CEDU e di garantire ai medici la prevedibilità delle conseguenze a cui vanno incontro nelle ipotesi di *malpractice*.

Per realizzare appieno questo obiettivo il legislatore richiede il profilarsi di tre distinti elementi:

- il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida ovvero dalle buone pratiche;
- l'adeguatezza di tali linee guida al caso concreto tenendo conto del quadro complessivo del paziente;
- il rimprovero limitato all'area dell'imperizia.

Manca ogni riferimento alla *culpa levis*, come era stato auspicato.

L'art. 590-*sexies* c.p. è innovativo sotto molteplici punti: abroga l'art. 3 l. 189/2012 per rifondare la responsabilità penale dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose in ambito sanitario, introduce una fattispecie incriminatrice nel corpo del codice penale in un'ottica di rivalutazione del codice penale, aderendo ad un percorso di innovazione fortemente voluto dal legislatore in controtendenza alla decodificazione – si veda, in tal senso, l'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p. e l'art. 162-*bis* c.p., rispettivamente particolare tenuità del fatto ed illecito riparato.

Lo sforzo del legislatore è, senza dubbio, diretto al superamento delle numerose difficoltà interpretative che la Legge Balduzzi aveva generato: il concetto indeterminato e privo di addentellato normativo di colpa grave, l'estensione della causa esclusione della punibilità anche alle ipotesi di negligenza ed imprudenza oltre che imperizia.

Un passo in avanti rispetto alla Legge Balduzzi è compiuto, sia relativamente al profilo della colpa, come anticipato, elemento ormai espunto dal corpo della disposizione, che sul piano della determinatezza della fattispecie, nella misura in cui positivizza le esigenze manifestate dalla giurisprudenza in ordine alla valorizzazione del caso concreto, evitando apriorismi assoluti. Questa esigenza di precisione e determinatezza, quale portato applicativo del principio di legalità formale che governa il nostro diritto penale, nasce dal bisogno di garantire al medico e a gli esercenti la professione sanitaria la prevedibilità delle conseguenze a cui vanno incontro, soprattutto in caso di quadri clinici particolarmente complessi.

Nonostante ciò, la nuova normativa crea diverse perplessità, considerato che sembri ampliare la zona franca riconosciuta al medico, perché nella sostanza escluderebbe la punibilità *tout court* a prescindere dall'intensità della colpa, purché nel rispetto delle raccomandazioni prescritte.

3. Art. 590-*sexies* c.p.: ermeneusi e conformità a principi costituzionali

Il dubbio più grande che l'art. 590-*sexies* c.p. trascina con sé è il seguente: è configurabile una responsabilità a titolo colposo pur se il sanitario abbia pienamente osservato le raccomandazioni prescritte dalle linee guida?

La stessa Corte di Cassazione, da ultimo, ha defi-

nito la disciplina “di disarticolante contraddittorietà”¹ nella parte in cui prevede che «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida». La norma sembra specificare che si è in colpa per imperizia ma comunque si è esclusa la punibilità perché le prescrizioni dell'ars medica sono state rispettate ed applicate.

Dalla lettura del testo, seguendo il criterio di interpretazione letterale, emerge *ictu oculi* l'esclusione della punibilità per il sanitario che, in condizioni di imperizia – mancanza di abilità e di preparazione tecnico-scientifica – abbia causato l'evento infausto nel rispetto delle *leges artis*.

Al fine di superare questa incongruenza logica – si è in colpa, ma non lo si è di fatto – dobbiamo scindere la condotta del medico e separare il momento in cui è commesso l'atto imperito, dal diverso momento in cui il medico si è posto nel totale rispetto delle linee guida prescritte, nel senso che il sanitario può commettere un errore pur versando in una situazione di piena osservanza delle prescrizioni che governano il proprio settore. In estrema sintesi, il dato letterale esclude ogni riferimento al profilo della negligenza e dell'imprudenza, selezionando quale comportamento rilevante la sola imperizia, la cui penale rilevanza è esclusa nei casi di conformità alle linee guida che risultino adeguate al caso concreto.

Questa interpretazione è foriera di irragionevolezza, perché escluderebbe *tout court* la responsabilità di un sanitario per qualsivoglia errore *in executivis* da lui commesso, pur essendosi ispirato alle linee guida ed ai precetti *dell'ars medica*, creando un'area di impunità priva di qualsivoglia logica giuridica ed in totale spregio del principio di colpevolezza. La Corte di Cassazione, nella sentenza in esame, ritiene tale approccio ermeneutico impraticabile perché elusivo del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. e del principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, obiettivi tra l'altro perseguiti dal legislatore con la riforma de quo.

Affidandosi al criterio teleologico, si potrebbe superare l'impasse creato da una simile impostazione e approdare ad interpretazioni ben più rispettose dei principi cardine del nostro ordinamento. La ratio della norma è sicuramente quella, come ampiamente anticipato, di superare il meccanismo della medicina difensiva e garantire sicurezza al paziente che si affida al sanitario a cui spetta il delicato compito di gestione del rischio clinico.

Dal contesto in cui è maturata la riforma emerge la volontà di istituzionalizzare e razionalizzare l'attività sanitaria, fissando regole precise e chiare in ordine alle modalità di svolgimento della stessa e alle conseguenze che derivano da inosservanze e violazioni.

A tal fine viene in rilievo l'art. 5 Legge Gelli, il

¹ Corte di Cassazione, 20 aprile 2017, n. 28187.

quale prevede che: «Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.»

Dunque, le linee guida orientano l'operato del medico ma fungono, altresì, da parametro per il giudice in sede di accertamento della responsabilità colposa perché delimitano l'ambito entro cui il sanitario può spaziare, nel rispetto delle esigenze di prevedibilità delle conseguenze penali.

Pertanto, la condotta del medico-imputato, sotto il profilo della perizia, va valutata entro la cornice delle linee-guida prescritte e aderenti al caso concreto: quando non sono aderenti e non vanno applicate non vi è spazio per alcuna esenzione da responsabilità e trova applicazione l'ordinario regime fissato dal codice penale agli articoli 43, 589 e 590 – responsabilità colposa per lesioni o omicidio.

In questa ottica si coglie la reale intenzione del legislatore, che, lungi dal voler creare spazi di impunità connotate da irragionevolezza e illogicità, ha voluto conferire maggiore e migliore precisione ad una normativa scarna e di dubbia interpretazione, per tutelare il professionista sanitario senza dimenticare l'interesse primario del paziente.

Quanto al riferimento alle linee guida, può farsi riferimento agli orientamenti giurisprudenziali già consolidati nell'ambito della pregressa disciplina. Le raccomandazioni rappresentano il «sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche»², ma non rientrano tra le norme cautelari e, perciò, non configurano, ipotesi di colpa specifica.

L'art. 590-*sexies* c.p. introduce un elemento di novità sul punto, perché fa riferimento alle sole linee guida approvate secondo legge vale a dire provenienti da autorevoli settori della comunità scientifica ed accreditate da parte del Ministero della salute, il quale deve provvedere ad un aggiornamento biennale delle stesse. Un ruolo sussidiario, spetta, invece, alle buone pratiche cliniche che trovano applicazione in via resi-

duale laddove manchino le prime.

Il *novum* ha una finalità ben precisa, conferire maggiore determinatezza alle raccomandazioni mediche per agevolare il sanitario nell'esecuzione dei propri interventi chirurgici e nelle scelte terapeutiche e diagnostiche, in conformità al principio di legalità di cui all'art. 25 Cost.

Le linee guida però, affinché operi l'esclusione della punibilità – o della colpevolezza, a seconda dell'impostazione che si preferisce seguire e che a breve illustreremo – devono essere adeguate al caso concreto, dunque aderenti al rischio clinico del paziente in affidamento. La Cassazione, nella pronuncia in commento, ha ribadito, aderendo ad un ormai consolidato orientamento³, che le linee guida non sono regole dettagliate dal contenuto cautelare, ma unicamente indicazioni dal contenuto orientativo, esprimendo raccomandazioni, direttive generali, istruzioni di massima. Esse devono essere applicate in concreto senza automatismi e devono essere rapportate alle peculiari specificità di ciascun caso clinico, tenuto conto dello sviluppo della singola patologia, del quadro clinico in entrata e delle caratteristiche del paziente; in alcuni casi, infatti, esse devono essere derogate e disapplicate. Chiaro è che la valutazione circa l'adeguatezza delle suddette raccomandazioni è demandata al giudice il quale dovrà compiere un'indagine *ex ante*, verificando se, secondo la migliore scienza ed esperienza, quelle prescrizioni fossero adeguate rispetto al caso specifico, nel momento in cui sono state scelte dal sanitario.

In tal modo, viene valorizzata la prevedibilità dei comportamenti penalmente rilevanti, sottraendosi al singolo medico la scelta delle buone pratiche cui attenersi nella trattazione dei casi clinici; prevedibilità che oramai si staglia quale corollario del fondamentale principio di legalità penale non solo nelle interpretazioni della giurisprudenza europea relative all'art. 7 CEDU⁴, ma anche nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale⁵.

² Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237.

³ Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237 e, in tempi ancor più risalenti, Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254 e Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 10454, ove si osserva che «non esenta da responsabilità il fatto che siano state seguite linee guida o siano stati osservati protocolli per una scelta alternativa all'unica scelta che in concreto si rendeva, nell'evidenza delle descritte manifestazioni conseguenti allo shock anafilattico, chiaramente risolutiva (la tracheotomia)».

⁴ Corte di Giustizia UE, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito; ID. 25 marzo 1983, Silver e altri c. Regno Unito;

⁵ Corte costituzionale, ord. 26 gennaio 2017, n. 24; cfr. A. DE SANTIS, *Disapplicabilità del principio Taricco tra prevedibilità e determinatezza*, in www.spiaaldiritto.it (12 aprile 2017)..

4. Una nuova causa di esclusione della punibilità? L'indirizzo della Corte di Cassazione n. 28187/2017

L'art. 590-*sexies* c.p. prevede espressamente l'esclusione della punibilità ingenerando non pochi dubbi in ordine alla reale natura giuridica della disposizione. Del resto, in molte disposizioni si fa riferimento a cause di esclusione della punibilità in modo atecnico «cioè non riconducibili propriamente alla sfera dell'esclusione della pena pur in presenza di un reato, per ragioni istituzionali, personali, di opportunità».⁶

Le cause di esclusione della punibilità, *strictu sensu* intese, operano sul piano della punibilità escludendo la sanzione penale, in presenza di fatti tipici e colpevoli, per ragioni di opportunità e per valutazioni compiute dal legislatore.

Diversamente le cause di esclusione della colpevolezza operano sul diverso piano dell'elemento soggettivo, escludendo il profilo psicologico per un fatto comunque tipico: esse si fondano sulla inesigibilità di un determinato comportamento in presenza di talune situazioni anormali capaci di condizionare l'agente ed impedirgli di conformare la propria condotta alla regola di diligenza da osservare in concreto.

Una terza categoria, le cause di giustificazione o scriminanti, opera sul piano dell'elemento oggettivo, escludendo la tipicità del fatto: le scriminanti rendono lecito un fatto contemplato da una norma incriminatrice e il cui fondamento risiede nel bilanciamento tra interessi in conflitto.

L'inquadramento dogmatico di tali cause non è privo di conseguenze pratiche, ma, anzi, è il *prius* necessario per individuare il regime giuridico da applicare. Nell'alveo della riforma Balduzzi, all'interno della quale si parlava espressamente di esclusione della responsabilità, la giurisprudenza faceva riferimento all'esclusione della colpevolezza, spostando l'asse sul piano della colpa. Autorevole dottrina, ha osservato che l'irrelevanza penale della colpa lieve prevista dall'art. 3 l. 189/2012 può essere inquadrata come ipotesi di inesigibilità soggettiva, soprattutto alla luce delle interpretazioni fornite dalla Cassazione e volte a valorizzare in maniera significativa il momento soggettivo dell'imputazione colposa: «il medico ha agito nel rispetto delle linee guida e nonostante ciò l'evento lesivo si è comunque verificato; nei suoi confronti, tuttavia, non potrebbe essere mosso un rimprovero a titolo di colpa, nei casi in cui, per la presenza di una serie di circostanze concrete, dallo stesso non fosse stato possibile pretendere un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto, e sempre che il giudizio di colpa non assuma rilievo macroscopico».⁷

⁶ Così Corte di Cassazione n. 28187/2017 par. 10.

⁷ D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo. Riflessioni sull'art. 3 della legge n. 189/2012*, in www.penalecontemporaneo.it (5 maggio 2013), secondo il quale la disposizione in esame consentirebbe di ritenere

La sentenza della Suprema Corte in commento, propende per la medesima valutazione, ritenendo atecnico il richiamo alla punibilità: il giudizio di responsabilità non può che operare nella dogmatica della colpa, non essendovi argomenti che consentano di prendere le distanze dagli orientamenti maturati nella vigenza della pregressa disciplina.

5. Profili di diritto intertemporale

Sul versante del diritto intertemporale la Corte di Cassazione, nella già citata sentenza n.28187/2017, asserisce che operi una successione di leggi penali nel tempo: dall'analisi strutturale tra l'art. 3 l.189/2012 e l'art. 590-*sexies* c.p. *post* l. 24/2017, infatti, si riscontra una continuità del tipo di illecito.

L'art. 590-*sexies* c.p. elimina ogni riferimento alla distinzione tra colpa grave e colpa lieve, perciò risulta meno favorevole rispetto all'art. 3 abrogato, che sarà applicabile ai fatti pregressi connotati da colpa lieve. Inoltre, la Balduzzi va considerata certamente più favorevole anche qualora la si ritenga possibile estendere, conformemente alla più recente giurisprudenza formatasi in materia, ai profili di negligenza ed imprudenza, essendo applicabile l'art. 590-*sexies* c.p. ai soli casi connotati da imperizia.

Ciò significa che ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 590-*sexies* co. 2 c.p. continuerà ad applicarsi l'art. 3 della legge Balduzzi ai sensi dell'art. 2, comma 4 c.p., in quanto non riferito esclusivamente alla sola imperizia.

Secondo il ragionamento degli ermellini: «La nuova disciplina non trova applicazione negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee guida; e neppure nelle situazioni concrete nelle quali tali raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate. Inoltre, il *novum* non opera in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo. Nuovamente, per semplificazione, si richiama il caso dell'errore di esecuzione dell'atto chirurgico (par. 7). Occorre pure tener conto dell'abrogazione dell'art. 3 comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, che aveva operato la nota distinzione tra colpa lieve e colpa grave. Questa Corte, come si è accennato (par. 6), aveva interpretato tale riforma nel senso più ampiamente aderente al principio di colpevolezza; ritenendo che, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, si fosse verificata la decriminalizzazione delle con-

“scusato” un fatto che per l'ordinamento giuridico nel suo complesso rimane antiguridico e produttivo di effetti risarcitori.

dotte connotate da colpa lieve. In conseguenza, si è ravvisato che, sempre nell'ambito indicato, residuasse la responsabilità colpevole solo per colpa grave: interpretazione aderente alle movenze della riflessione dottrinale e consonante con l'orientamento di altre normative nazionali. L'abrogazione della legge del 2012 implica la reviviscenza, sotto tale riguardo, della previgente, più severa normativa che, per l'appunto, non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa. Infatti la novella del 2017 non contiene alcun riferimento alla gravità della colpa. Naturalmente, ai sensi dell'art. 2 c.p., il nuovo regime si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma. Per i fatti anteriori, come quello in esame, sempre in applicazione dell'art. 2 c.p., può trovare applicazione, invece, quando pertinente, la ridetta normativa del 2012, che appare più favorevole con riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave».⁸

⁸ Par. 11.

Limiti applicativi della sospensione condizionale della pena e divieto di *reformatio in pejus*

abstract

The Court of Cassation, section IV, resolves the conflict occurred in the proceeding between the provision of article 60 d.lgs. 274/00, which prohibits honorary judge to give suspended sentence, and article 597, 3rd comma c.c.p., where the prohibition of reformatio in pejus – which lies upon the appellate judge – is fixed, in favour of the first disposition above mentioned.

The author – by critically analysing the judgment rejecting the third plea in law based on the mere non-grantability of the aforementioned benefit for the crimes within the honorary judge – emphasizes the importance of balancing the interests that the interpreter is always called to operate within the system of values represented by the criminal process.

keywords

Suspended sentence – Reformatio in pejus – Honorary judge.

abstract

La Corte di Cassazione, sezione IV, risolve il contrasto insorto nel procedimento tra la disposizione di cui all'art. 60 d.lgs. 274/00, che vieta l'applicazione della sospensione condizionale della pena alle pene irrogate dal giudice di pace, e l'art. 597 comma 3 c.p.p., in cui è cristallizzato il divieto di reformatio in pejus che incombe sul giudice dell'appello, a favore della prima delle disposizioni citate.

L'autore – analizzando criticamente la sentenza che rigetta tranchant il terzo motivo di ricorso in base alla mera non concedibilità, per i reati di competenza del giudice di pace, del beneficio suddetto – sottolinea l'importanza del bilanciamento di interessi che l'interprete è sempre chiamato ad operare nell'ambito del sistema di valori rappresentato dal processo penale.

parole chiave

Sospensione condizionale della pena – Reformatio in pejus – Giudice di pace.

sommario

Premessa. – **1.** La sospensione condizionale della pena: inquadramento sistematico e fondamento giuridico. – **2.** Le ipotesi di revoca del beneficio. – **3.** La sospensione condizionale della pena nella disciplina d.lgs. n. 274 del 2000. – **4.** Il principio del divieto di *reformatio*

in pejus: ratio e ambito di operatività. – 5. Conclusione.

Premessa

Il presente studio, pur traendo origine da un fatto in sé e per sé molto semplice, analizza l'interazione tra due istituti spesso richiamati nelle aule giudiziarie.

In particolare, veniva contestato all'imputato il delitto di lesioni dolose giudicate guaribile in venti giorni.

A seguito dell'istruttoria, il giudice decideva di riqualificare il fatto in lesioni colpose e, nonostante si trattasse di una fattispecie attribuita alla competenza del giudice di pace ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 274 del 2000, irrogava la pena, condizionalmente sospesa, di mesi due di reclusione.

Tra i vari motivi, veniva evidenziata anche la illegalità della pena in quanto, stante il disposto dell'art. 63 comma 1 d.lgs. n. 274 del 2000, per i reati di competenza del giudice di pace, anche se giudicati da altri giudici, non possono applicarsi pene diverse da quelle previste dalla relativa disciplina; ancora, non si chiedeva la revoca del beneficio della sospensione condizionale della pena concessa dal primo giudice.

La Corte di Appello accoglieva il motivo concernente la illegalità della pena e procedeva a rideterminarla pena in € 800,00, revocando, però, il beneficio della sospensione condizionale della pena in virtù dell'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000.

Sul punto veniva proposto ricorso per Cassazione, sottolineando che la revoca del beneficio, per quanto astrattamente corretta stante la normativa inerente il procedimento celebrato dal giudice di pace, contrastava con il divieto di *reformatio in pejus* previsto dall'art. 597 comma 3 c.p.p.; inoltre la revoca era stata disposta *ultra petita*.

La Corte di Cassazione, su conclusioni difformi del Procuratore Generale che aveva chiesto l'annullamento senza rinvio della sentenza, rigettava il ricorso argomentando esclusivamente in merito al disposto di cui all'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000 in virtù del quale è vietata l'applicazione della sospensione condizionale della pena alle pene irrogate dal giudice di pace.

A dispetto della recisa e succinta motivazione della Suprema Corte, si ritiene che la questione avrebbe necessitato di un approfondimento maggiore e perché

in dottrina e in giurisprudenza si riconoscono la natura ancipite del provvedimento di revoca del beneficio *de quo*, potendo lo stesso dispiegare effetti, a seconda dei casi, meramente dichiarativi o, invece, costitutivi; e perché, l'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000, lungi dall'essere una monade, avrebbe dovuto essere interpretato e, eventualmente applicato, anche alla luce del principio enunciato dall'art. 597 comma 3 c.p.p.

1. La sospensione condizionale della pena: inquadramento sistematico e fondamento giuridico

La sospensione condizionale della pena¹, come noto, è disciplinata dagli artt. 163 ss. c.p. ed è annoverata tra le cause di estinzione del reato: a proposito di tale istituto, si è soliti parlare anche di "condanna condizionale" ma l'espressione è imprecisa poiché non è la sentenza di condanna ad essere sospesa (essa viene, invero, pronunciata), bensì l'esecuzione della pena.

La sospensione condizionale della pena non può qualificarsi come una semplice causa di estinzione della pena in quanto, trascorso il termine stabilito dalla legge senza che sia stato dal condannato perpetrato un ulteriore reato, il reato viene considerato estinto *ex tunc* e l'attuale testo dell'art. 166 c.p. prevede che la disciplina si applichi anche alle pene accessorie².

A dispetto delle molteplici modifiche di cui, nel tempo, è stato oggetto il beneficio *de quo* (tutte tese ad ampliarne il perimetro applicativo), i presupposti dell'istituto sono rimasti gli stessi.

Brevemente. I presupposti formali perché possa essere concesso il beneficio sono quattro: l'irrogazione di una pena detentiva (o pecuniaria raggugiata) che non oltrepassi i limiti fissati dall'art. 163 c.p.; l'assenza di una dichiarazione di delinquente o contravventore abituale o professionale (art. 164, comma 2, n. 1 c.p.);

la mancata concessione in precedenza, a meno che la pena da infliggere con la nuova condanna, sommata a quella precedentemente irrogata, non superi i limiti di cui all'art. 163 c.p. (art. 164, ultimo comma, c.p.); il difetto di una pronuncia di condanna intermedia a pena detentiva non sospesa.

Sotto il profilo sostanziale, invece, il giudice deve ritenere che il colpevole si asterrà dal compiere ulteriori reati (c.d. prognosi di non recidiva) ai sensi dell'art. 164 comma 1 c.p..

È proprio da tale ultimo requisito che si devono prendere le mosse per comprendere quale sia effettivamente il fondamento giuridico dell'istituto.

Come osserva acutamente una parte della dottrina³, l'unica categoria di misure alternative alla detenzione cui la fortuna ha sempre arriso sono quelle sospensive⁴. L'uso del plurale deriva dal fatto che, a dispetto dell'unicità dell'idea di base, consistente, appunto, nella non applicazione della sanzione sotto condizione del positivo esperimento di un periodo di prova, esistono due modelli "sospensivi", differenziati sia nella struttura che nella funzione.

La prima opzione è rappresentata dall'istituto anglosassone della sospensione della pronuncia di condanna⁵, l'altra dall'istituto, di origine franco-belga, della sospensione dell'esecuzione della pena⁶, con una variante costituita dal sistema tedesco della grazia condizionata⁷, caratterizzato dall'attribuzione del potere di ordinare la sospensione all'autorità amministrativa anziché al giudice, come nel modello del *sursis* franco-belga.

Sulla differenza strutturale di base si innesta un diverso modo di concepire il significato del periodo di prova: nel primo modello, il reo resta un imputato

¹ La bibliografia in materia è copiosa: si vedano, *ex plurimis*, BETTIOL *Diritto penale (parte generale)*, Palermo, 1945, pp. 537 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, pp. 317 ss.; MARINUCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009, pp. 597 ss.; PISA, *La sospensione condizionale della pena*, in *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di Grosso-Pelissero-Petrini-Pisa, Milano, 2017, pp. 680 ss.; SOLINAS, *Sospensione condizionale della pena*, in *Trattato breve di diritto penale, parte generale, II, punibilità e pene*, a cura di Cocco-Ambrosetti, Lavis, 2015, pp. 370 ss.; MARTINI, *La sospensione condizionale della pena*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale. Le conseguenze sanzionatorie del reato*, diretto da Palazzo-Paliero, Torino, 2011, pp. 336 ss.; VENEZIANI-CRISTILLO, *La sospensione condizionale della pena*, in *Trattato di diritto penale, parte generale, II, La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Milano, 2014, pp. 343 ss.; VERGINE, *Sospensione condizionale della pena*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1997, pp. 442 ss..

² Originariamente la sospensione condizionale della pena non estendeva i propri effetti alle pene accessorie, agli effetti penali della condanna né alle obbligazioni civili nascenti da reato; pertanto, mentre *conditio pendet* era soltanto l'esecuzione delle pene principali ad essere sospesa e le pene accessorie venivano meno soltanto con il verificarsi dell'effetto estintivo della pena principale. MARTINI, *op. cit.*, p. 351; BETTIOL, *op. cit.*, p. 537.

³ PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 167 s.

⁴ Dopo la legge belga del 1888, in poco più di un ventennio, la misura si diffuse in tutti i paesi dell'area continentale. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 176.

⁵ Storicamente è proprio il modello inglese a precedere l'introduzione della sospensione condizionale della pena. In particolare, già negli anni tra il 1841 e 1854, il giudice inglese Matthew Davenport di Birmingham Hill adottò tale tecnica di sospensione in favore degli imputati minorenni, laddove vi fosse ragione di «credere che l'individuo non era interamente corrotto, si poteva ragionevolmente sperare nel suo recupero, e si potevano trovare persone generose per fungere da tutore e incaricarsi del giovane delinquente». L'istituto fu poi positivizzato nel 1879 con *Summary Jurisdiction act*. PADOVANI, *op. ult. cit.*, pp. 168 ss.

⁶ Il primo provvedimento che introdusse nell'area continentale la sospensione dell'esecuzione della pena è costituito dalla legge belga del 31 maggio 1888, probabilmente ispirata all'esperienza normativa anglosassone. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 169.

⁷ Il diritto tedesco, pur mantenendo il sistema della grazia condizionata fino al 1953, prevede nel 1919 di delegare al giudice il potere di grazia, trasferendo, quindi, l'ambito di operatività dell'istituto nell'area giudiziale e avvicinandosi, così, ai sistemi ispirati al *sursis* franco-belga. Il sistema della grazia condizionata fu adottato, per un breve periodo, anche in Italia (1900-1904) e in Danimarca. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 168.

potenzialmente in attesa di giudizio, sul cui esito finale influisce il comportamento complessivo del destinatario della misura, che attraverso la buona condotta deve mostrarsi meritevole del rinvio ottenuto; nei modelli ispirati al *sursis* franco-belga, invece, l'esperienza positiva del periodo di prova è circoscritta alla sola condizione fondamentale che il reo eviti la recidiva.

Ecco perché in dottrina⁸ si ritiene che la sospensione della pronuncia di condanna sortisca gli effetti di una misura di trattamento extrapenitenziario, volto al recupero globale dell'individuo, mentre la sospensione condizionale dell'esecuzione affidi la propria efficacia al mero deterrente della condanna inflitta.

Nel nostro ordinamento è prevalso il modello ispirato al *sursis* franco-belga sulla base di un triplice ordine di ragioni⁹.

In *primis*, si sottolineano le difficoltà processuali legate alla necessità di emettere la sentenza di condanna dopo molto tempo, con un giudice eventualmente diverso da quello che ha assistito al dibattimento.

In secondo luogo, si evidenziò l'indeterminatezza delle conseguenze legate all'esito sfavorevole del periodo di prova connotando, quindi, la sospensione condizionale della pronuncia come un meccanismo suscettibile di trasformare arbitrariamente la sanzione per il reato commesso in sanzione per la condotta tenuta durante la prova.

Infine, suscitò diffidenza il tipo di rapporto che si sarebbe instaurato tra l'imputato e il giudice: un rapporto caratterizzato da una costante e potenziale soggezione del primo al secondo, in una situazione di obiettiva incertezza circa le valutazioni che il giudice potrà formulare sulla prova.

Si ritenne¹⁰, pertanto, che per il delinquente primario non pericoloso la pronuncia della condanna (sospesa), congiunta all'incombente minaccia di dar corso all'esecuzione in caso di recidiva, rappresentassero una risposta sanzionatoria di per sé sufficiente, sia sul piano retributivo (per l'effetto stigmatizzante della condanna), sia su quello della prevenzione speciale (per la funzione intimidatoria esercitata in concreto dal rischio di revoca).

Si noti¹¹ che, relativamente al beneficio *de quo*, l'e-

⁸ Dal punto di vista sostanziale e funzionale, la comune matrice delle misure sospensive si reputa dover essere individuata sul terreno della liberazione condizionale. Tale ultima misura costituì il più cospicuo frutto del gradualismo propugnato dai sistemi penitenziari ottocenteschi nel trattamento dei detenuti, in virtù del quale il regime della vita carceraria era sottoposto a modifiche progressive in rapporto agli esiti parziali del trattamento su ciascun individuo e poteva giustificare la liberazione anticipata, sotto condizione, quando la prognosi di recidiva fosse apparsa favorevole. Intaccato, quindi, il principio di indefettibilità dell'esecuzione dell'intera pena, l'ulteriore passo non poteva non essere rappresentato dalle misure sospensive globali. PADOVANI, *op. ult. cit.*, pp. 174 ss.

⁹ PADOVANI, *op. ult. cit.*, pp. 177 ss.

¹⁰ PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 183.

¹¹ BETTIOL, *op. cit.*, p. 538.

menda non è vista come conseguenza delle modalità dell'esecuzione della pena, bensì come elemento di fatto, presunto esistente, perché l'esecuzione di una pena retributiva sia sospesa per un dato periodo di tempo.

Il precipitato di tale affermazione è costituito dal fatto che la finalità di prevenzione speciale che anima l'istituto deve essere intesa in senso etico-spiritualistico e scevra da un contenuto naturalistico: anche se il beneficio non può essere concesso al delinquente socialmente pericoloso, la pericolosità funziona solo da limite e non anche da fondamento dell'istituto.

Purtroppo¹², come sovente accade nella prassi, l'istituto è stato completamente snaturato e da strumento di individualizzazione si è trasformato rapidamente in strumento di fuga dalla sanzione detentiva: l'impossibilità di eseguire tutte le pene inflitte, l'inadeguatezza quantitativa e qualitativa delle strutture carcerarie, hanno portato alla obliterazione della prognosi di non recidiva e alla concessione del beneficio in via automatica sulla base della sola esistenza dei presupposti formali.

2. Le ipotesi di revoca del beneficio

Il provvedimento di revoca della sospensione condizionale della pena può assumere natura di revoca obbligatoria (o di diritto) oppure di revoca discrezionale.

Nell'alveo della revoca obbligatoria¹³ sono annoverate le ipotesi in cui venga commesso un nuovo reato della stessa indole, per il quale venga inflitta una pena detentiva, durante il periodo di sospensione, sempre che non sia possibile una seconda concessione (art. 168 comma 1 n. 1 c.p.); sia riportata una condanna per un delitto commesso anteriormente ad una pena che, cumulata a quella precedentemente sospesa, superi i limiti di cui all'art. 163 c.p. (art. 168 comma 1 n. 2 c.p.); non vengano adempiuti gli obblighi imposti (art. 168 comma 1 n. 1 c.p.).

Le revoca discrezionale è prevista dall'art. 168 comma 2 c.p. in base al quale il giudice ha la facoltà di revocare il beneficio laddove sopravvenga una condanna per un delitto commesso anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza che aveva concesso la prima sospensione condizionale della pena che, a quest'ultima cumulata, non superi il limite di cui all'art. 163 c.p..

Come osserva argutamente una parte della dottrina¹⁴, la formula adottata dal legislatore appare poco perspicua (e fuorviante) laddove indica i parametri sui quali il giudice deve basarsi per esercitare il proprio potere di revoca del beneficio originariamente conces-

¹² Le critiche relative all' (ab)uso del beneficio che si consuma nelle aule di giustizia proviene da più parti. Si vedano, tra gli altri, PADOVANI, *op. ult. cit.*, pp. 189 ss.; PISA, *op. cit.*, p. 681; MARTINI, *op. cit.*, pp. 337 s.

¹³ Per una approfondita analisi delle singole cause di revoca obbligatoria, si veda, tra gli altri, MARTINI, *op. cit.*, pp. 390 ss.

¹⁴ MARTINI, *op. cit.*, p. 393.

so o meno, ovvero l'indole e la gravità del reato.

Ebbene, se il primo dei due fattori permette di fondare un giudizio orientato verso il futuro, evidenziando una particolare proclività a determinate condotte criminose, il secondo rimane estraneo al fondamento dell'istituto in quanto legato, in astratto, alla misura edittale della pena e, in concreto, agli indici di cui all'art. 133 c.p.

In entrambi i casi si tratta di apprezzamenti che prescindono dal bisogno di trattamento punitivo del singolo autore del reato nel senso che dovrebbero essere ininfluenti sul piano della prevenzione speciale.

Circa gli effetti della revoca del beneficio in questione l'orientamento prevalente, avallato anche da una pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni unite¹⁵, è nel senso che il provvedimento in questione, quando pronunciato ai sensi dell'art. 168 comma 1 c.p., abbia natura dichiarativa.

Conseguentemente, gli effetti sostanziali risalgono di diritto al momento in cui si è verificata la condizione, anche prima, cioè, ed indipendentemente dalla pronuncia giudiziale: il provvedimento di revoca è un mero atto ricognitivo della caducazione del beneficio già avvenuta *ope legis*.

Ai nostri fini, è indispensabile notare come il corollario di tale assunto risieda nel qualificare l'attività del giudice di appello come puramente ricognitiva, e non discrezionale o valutativa, laddove revochi il beneficio pur in presenza dell'impugnazione proposta dal solo imputato.

Invece, nell'ipotesi prevista dall'art. 168 comma 2 c.p., il provvedimento di revoca non ha natura dichiarativa bensì costitutiva ed implica, quindi, un'attività preclusa al giudice dell'appello.

Si sostiene, invero, che il potere attribuito al giudice dagli artt. 163 ss. c.p. trova l'imprescindibile parametro nella finalità rieducativa della pena cioè di individualizzazione della pena ai fini della reintegrazione sociale del condannato senza che ciò significhi, però, rinuncia da parte del legislatore a garantire le esigenze di difesa sociale.

E tali esigenze sono destinate a prevalere tutte le volte in cui la prognosi di ravvedimento del condannato venga meno *ex tunc* (art. 168 comma 1 c.p.); pertanto, in questi casi, la revoca pronunciata d'ufficio dal giudice dell'appello non scalfisce il *favor rei* e neppure il divieto di *reformatio in pejus*.

Il giudice del gravame si limita, invero, a prendere e dare atto di una situazione già verificatasi al di fuo-

ri del processo, tanto è vero che la revoca, altrimenti, dovrebbe essere dichiarata dal giudice dell'esecuzione.

Infine, si evidenzia come, a tali ipotesi di revoca se ne aggiunga una terza non assimilabile a queste¹⁶, ovvero quella della revoca di benefici erroneamente concessi, al di fuori dei presupposti di cui agli artt. 163 e 164 c.p.: invero, in questo caso il giudice dell'appello non viene a dichiarare una caducazione già avvenuta *ope legis*, e, neppure, esercita un potere discrezionale attribuitogli dalla legge, bensì compie una rivisitazione nel merito della precedente decisione (adottata in violazione di legge), in assenza, però, di impugnazione da parte del pubblico ministero.

Tale operazione è, però, preclusa al giudice dell'appello proprio dal disposto di cui all'art. 597 comma 3 c.p.p., contravvenendosi e al principio del *favor rei* e a quello devolutivo, ai quali come sostenuto dalla maggior parte della dottrina è agganciato il principio del divieto di *reformatio in pejus*¹⁷.

3. La sospensione condizionale della pena nella disciplina d.lgs. n. 274 del 2000

L'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000 stabilisce il divieto di sospensione condizionale della pena delle pene «irrogate dal giudice di pace».

La *ratio* sottesa a tale disposizione è duplice¹⁸.

In primo luogo, il legislatore ha ritenuto che, stante l'intento precipuamente conciliativo del procedimento celebrato davanti al giudice di pace, al quale si accompagna, invero, la mitezza delle sanzioni irrogabili, la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena potrebbe rappresentare un ostacolo al tentativo di comporre bonariamente la controversia non rappresentandosi il reo, quanto meno, la prospettiva di un "male" pur limitato ma reale.

In secondo luogo, il legislatore ha considerato che proprio la rinuncia *tout court* alla pena detentiva pre-

¹⁶ Cass. 28 dicembre 1993, rv 196610; Cass., sez. un. 8 aprile 1998, n. 7551, cit.; Cass., sez. un., 24 novembre 1984, cit.

¹⁷ Seppur in termini diversi, l'importanza del principio devolutivo circa la revoca della sospensione condizionale della pena, è ribadita da Cass. 11 febbraio 2016, n. 14739, in *www.dejure.it*: «è illegittima, in assenza di richiesta dell'imputato, la revoca di ufficio da parte del giudice di appello del beneficio della sospensione condizionale della pena, concesso dal primo giudice in sede di condanna a pena detentiva sostituita con la corrispondente pena pecuniaria sulla base dell'erroneo convincimento del "favor rei", in quanto tale statuizione viola il divieto di "reformatio in pejus" (sez. 3, 20 dicembre 2007, n. 6313 - dep. 08 febbraio 2008, Paganò, Rv. 238831). Ciò comporta, quindi, che, ove tale richiesta - come nel caso di specie - sia espressamente formalizzata, nulla osta alla revoca del beneficio medesimo».

¹⁸ Così è spiegato nella Relazione al d.lgs. n. 274 del 2000, pp. 109 ss.. Sul punto si vedano anche, *ex plurimis*, BRUNELLI, *Il divieto di sospensione condizionale. Ratio.*, in *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale.*, a cura di Scalfati, Padova, 2001; GIUNTA, *Inapplicabilità delle sanzioni sostitutive ed esclusione della sospensione condizionale della pena*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra-Illuminati, Torino, 2001; AROLI, *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, 2009.

¹⁵ Cass., sez. un., 8 aprile 1998, n. 7551, in *Cass. Pen.*, 1998, pp. 3219 ss.. L'orientamento è confermato anche dalla giurisprudenza più recente, *ex plurimis*, Cass., 11 marzo 2005, n. 13011, in *www.dejure.it*; Cass., 30 giugno 2016, n. 37009, in *www.dejure.it*; Cass., 31 gennaio 2017, n. 12817, in *www.dejure.it*. Già sotto la vigenza del precedente codice la giurisprudenza seguiva il suddetto orientamento, si vedano, Cass., sez. un., 24 novembre 1984, in *Cass. Pen.*, 1985, pp. 1055 ss.; Cass., 3 giugno 1987, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 83.

vista dalla disciplina del giudice di pace giustificati l'esclusione del beneficio in quanto non è necessario sottrarre il reo primario, o comunque non desocializzato, all'ingresso nel circuito carcerario seppur per un breve periodo.

Queste motivazioni, tuttavia, non esauriscono la *ratio* dell'esclusione del beneficio in questione: nella Relazione al d.lgs. n. 274 del 2000 è dato leggere che «In favore di questa scelta militano, oltre all'insieme delle considerazioni svolte poc'anzi, la tendenziale eccezionalità dell'esito di condanna e la centralità della funzione conciliativa. Il rafforzamento della cornice di operatività della causa estintiva derivante da condotte riparatorie e l'esistenza di altri istituti deflattivi, fanno sì che l'imputato disponga di un'ampia gamma di opzioni che consentono di evitare la pronuncia di una sentenza di condanna, a patto, ovviamente, di una ricomposizione del conflitto con la vittima. La rinuncia alla pena detentiva e il notevole spazio riconosciuto alla conciliazione suggeriscono, pertanto, proprio nell'intento di rafforzare la mitezza ma anche l'effettività di questa giurisdizione, di non ricorrere all'istituto sospensivo».

Come osservato da una parte della dottrina¹⁹, invero, è individuabile una sorta di intento ritorsivo nei confronti del reo che non abbia voluto approfittare dei molteplici meccanismi a sua disposizione per evitare la condanna: in altre parole, il comportamento del reo susseguente al reato, in quanto espressivo di una indisponibilità alla composizione bonaria del conflitto sociale esclude che lo stesso sia meritevole di ottenere la sospensione condizionale della pena.

Si reputa, poi, discutibilmente, che tale intento, a prescindere dal contesto della particolare disciplina in cui si colloca, sia frutto anche della soventemente invocata e chimerica esigenza di certezza della pena²⁰.

Con riguardo al perimetro applicativo della disposizione di cui all'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000, una parte della dottrina²¹ sostiene che il beneficio della sospensione condizionale della pena possa essere applicato laddove i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace siano giudicati da altro giudice.

La lettera della legge, in effetti, parrebbe escludere la concessione del beneficio *de quo loquimur* solo alla pene «irrogate dal giudice di pace»: si pensi, ad esempio, all'ipotesi di reati commessi in concorso formale con altri di competenza del giudice superiore nel qual caso si verifica, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 274 del 2000, uno spostamento della competenza per materia

determinato dalla connessione.

La conclusione sembrerebbe corroborata dal confronto testuale con l'art. 62 del decreto legislativo il quale esclude a priori che le sanzioni sostitutive di cui alla l. n. 689 del 1981 possano applicarsi ai reati di competenza del giudice di pace senza che possa assumere rilevanza il fatto che siano stati o meno giudicati da altri giudici.

Tale orientamento è stato accolto anche dalla giurisprudenza²², limitatamente ai casi di connessione, per cui quando il giudice diverso si trova a giudicare per connessione anche reati attribuiti alla competenza del giudice di pace non trova applicazione l'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000: invero, poiché il beneficio deve riguardare l'intera pronuncia, sarebbe assurdo che la compresenza di un reato minore ne impedisse la concedibilità pur ricorrendone i presupposti per il reato di competenza del giudice superiore.

Altra parte della dottrina, invece, obietta, da una parte che far dipendere la concessione del beneficio dall'organo giurisdizionale che pronuncia la condanna rappresenterebbe una violazione irragionevole dell'art. 3 Cost.; di poi, che l'art. 63 del decreto legislativo stabilisce, in ogni caso, che quando i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace siano giudicati da un giudice diverso si osservino le disposizioni del titolo II del medesimo decreto.

Sul punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale²³; innanzi la quale era stata sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000 in riferimento agli artt. 3 e 76 Cost., rispettivamente, *in primis*, poiché la disposizione provocherebbe una irragionevole disparità di trattamento, in secondo luogo, in quanto il divieto di cui all'art. 60 d.lgs. n. 274 del 2000 non trova alcuna base espressa nella l. n. 468 del 1999 (legge delega sulla base della quale è stato adottato il d.lgs. n. 274 del 2000), la quale è completamente silente in ordine all'istituto della sospensione condizionale della pena.

La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione non fondata.

In merito all'eccesso di delega si è detto, invero, riprendendo gli argomenti contenuti nella Relazione al d.lgs. n. 274 del 2000 circa la *ratio* del divieto, che quest'ultimo non collide con gli indirizzi generali della legge delega ma, anzi, si pone, rispetto ad essi, in linea di continuità e di complementarietà.

Considerazioni analoghe vengono sviluppate per quanto concerne la denunciata violazione dell'art. 3 Cost.

La Corte Costituzionale, invero, ha concluso che: «Quello che conta, ai presenti fini, non è la correlazione del divieto della sospensione condizionale con le singole componenti della costellazione punitiva,

¹⁹ BRUNELLI, *op. cit.*, p. 429; AROLI, *op. cit.*, p. 581.

²⁰ Lascia perplessi, invero, che la prima espressione legislativa del tentativo di ripristino di una effettiva pretesa punitiva, avvenga proprio rispetto alle sanzioni più miti dell'ordinamento. BRUNELLI, *op. cit.*, p. 430.

²¹ AROLI, *op. cit.*, pp. 582 ss.; MANZIONE, *Pene pecuniarie, "stop and go", lavoro minicondanne da giudice di pace, Diritto e Giustizia*, 2000, n. 36, pp. 24 ss.

²² Cass. 20 marzo 2003, n. 25201 in *www.dejure.it*; Cass., 20 settembre 2004, n. 41702, in *www.dejure.it*.

²³ Corte cost., 10 marzo 2014, n. 47 in *www.cortecostituzionale.it*.

sostanziale e processuale, del giudice di pace, isolatamente considerate, quanto piuttosto il fatto che esso si inserisce in un sistema diversamente strutturato nel suo complesso: sistema con il quale, per quanto detto, la scelta legislativa di privilegiare l'effettività della pena – allorché alla sua irrogazione si pervenga – può essere ritenuta ragionevolmente coerente.

In questa prospettiva, neppure giova il richiamo del rimettente agli effetti, in tesi, ingiustamente afflittivi che il divieto censurato sarebbe suscettibile di produrre, allorché la sospensione condizionale venga richiesta – come nel caso di specie – da persona che assume di non essere in grado di provvedere al pagamento della pena pecuniaria inflittale e che tema, perciò, di incorrere nella sua conversione per insolubilità (art. 55 del d.lgs. n. 274 del 2000). Anche tale effetto negativo non può essere, infatti, ritenuto irragionevolmente discriminatorio, alla luce del sistema in cui si colloca.

Pertanto, dopo aver premesso che il divieto censurato non possa essere valutato isolatamente, senza tenere conto delle connotazioni complessive del «*microcosmo punitivo*» in cui si inserisce e che il giudizio celebrato innanzi il giudice di pace nasce per privilegiare soluzioni deflattive e conciliative, la Corte ha sposato le tesi sostenute dalla quella parte di dottrina sopra richiamata.

Invero, optare per la sospensibilità delle pene irrogate dal giudice di pace postulerebbe l'inutilità di quest'ultimo che, dopo aver tentato vanamente la conciliazione, dopo aver constatato che il fatto non è di particolare tenuità, dopo aver verificato che l'imputato non si è adoperato per riparare il danno, dovrebbe pronunciare una condanna ad una pena modesta e poi sospenderla.

4. Il principio del divieto di *reformatio in pejus*: ratio e ambito di operatività

Il divieto di *reformatio in pejus* opera nel momento in cui ad impugnare sia il solo imputato: in questo caso al limite cognitivo per il giudice dell'appello derivante dall'effetto parzialmente devolutivo, ai sensi della disposizione di cui all'art. 597 c.p.p., e presente anche nel caso di gravame proposto da parte del pubblico ministero, si aggiunge una ulteriore delimitazione relativa ai poteri decisorii.

Invero, fermo restando il vincolo derivante dalla devoluzione, qualora l'impugnante sia il solo imputato, ai sensi dell'art. 597 comma 3 c.p.p., è precluso al giudice dell'appello statuire in senso peggiorativo per l'imputato.

Si è soliti²⁴ ricondurre l'espressione divieto di *re-*

formatio in pejus ad un passo di Ulpiano²⁵, tratto dal D. 49, 1,1, in cui, il frequente ricorso in appello era giustificato con l'esigenza di «correggere l'ingiustizia e l'ignoranza dei giudici», senza dimenticare di sottolineare come «possa talvolta verificarsi che la sentenza in grado di appello riformi in peggio sentenze bene pronunciate, perché non sempre avviene che l'ultimo giudice che pronuncia la sentenza è quello che giudica meglio».

Si tratta di una formula intesa in senso assoluto, ovvero che ha ad oggetto la pronuncia nel suo complesso, in particolare la giustezza della sentenza.

Se, e invece, la riforma della sentenza di primo grado venisse rapportata all'interesse delle parti confliggenti, qualsiasi statuizione del giudice di appello potrebbe essere assimilabile ad un peggioramento.

Ed è in quest'ultima accezione²⁶ che i codici di procedura penale²⁷ e civile hanno recepito il divieto di *reformatio in pejus*: si noti che, in linea generale, il divieto in questione si concretizza nel non aggravare, nella nuova pronuncia, la posizione di una parte; nell'ambito del processo penale esso si traduce nel divieto di pronunciare sul medesimo oggetto una nuova sentenza più sfavorevole all'imputato.

La ragione giuridica del divieto in questione è sempre stata oggetto di intense diatribe dottrinarie²⁸.

In particolare, è spesso accaduto che il divieto di *reformatio in pejus* sia stato collegato al tipo di cognizione spettante al giudice dell'appello, e cioè, all'effetto totalmente o parzialmente devolutivo dell'impugnazione: soltanto nel caso in cui il giudizio di appello si estrinsechi in un riesame della sentenza impugnata circoscritto entro i limiti della domanda di riforma presentata dall'impugnante sarebbe ammissibile escludere modifiche peggiorative.

A questi temi si rifanno coloro che rinvergono nel giudizio di impugnazione un'impostazione strutturalmente dispositiva: aggravare in appello la posizione processuale dell'imputato appellante significherebbe violare il principio *ne eat iudex ultra petita partium*²⁹.

²⁵ «*Appellandi usus quam sit frequens, quamquam necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitate iudicantium vel imperitiam recorrigat: licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimas sententias laturus est*».

²⁶ Il divieto così inteso in senso relativo era, in effetti, sconosciuto al diritto penale romano. Vedi MONTAGNA, *op. cit.*, p. 368.

²⁷ Per un approfondimento sulle modalità di accoglimento del principio in questione nelle codificazioni moderne si veda MONTAGNA, *op. cit.*, pp. 369 s.

²⁸ In sede di lavori preparatori, invero, della legge delega del 1987 non mancarono le voci dissenzienti circa la necessità di perpetuare la previsione del divieto di *reformatio in pejus*. Si veda MONTAGNA, *op. cit.*, pp. 372 ss. e p. 382.

²⁹ Il collegamento del divieto con il solo principio devolutivo non è apparso a tutti così scontato, invero, il divieto in questione è riconducibile a un limite cognitivo per il giudice di appello derivante dalla domanda delle parti ma non nei termini di immediatezza propugnati. Il principio *ne eat iudex ultra petita partium*

²⁴ La bibliografia è copiosa. Si vedano, tra gli altri, MONTAGNA, *Il divieto di reformatio in pejus e appello incidentale*, in *Le impugnazioni penali. I grandi temi*, Trattato diretto da Gaito, Torino, 1998, pp. 367 ss.; MENNA, *Il giudizio di appello*, Napoli, 1995, pp. 177 ss..

Altra parte della dottrina ha ritenuto preferibile inquadrare il divieto *de quo* nell'ambito del *favor rei* e altri ancora richiamando la nozione di interesse ad agire per cui si è escluso che il gravame presentato dall'imputato possa concludersi con esito contrario all'interesse che lo aveva animato³⁰.

In realtà, osserva acutamente una parte della dottrina³¹, è necessario prestare attenzione all'obiettivo perseguito attraverso la previsione del divieto: in questa ottica, emerge come l'intento del legislatore sia stato esclusivamente quello di favorire il ricorso allo strumento dell'appello quale controllo di merito sul provvedimento adottato dal giudice di primo grado.

L'esigenza dominante esplicitata nell'art. 597 comma 3 c.p.p. mira, invero, a garantire un effettivo diritto al doppio grado di giurisdizione, altrimenti pregiudicato dal timore di incorrere, all'esito del giudizio di impugnazione, in una modifica peggiorativa della decisione su cui si è attivato il controllo.

Che l'istituto possa essere considerato, quindi, come ulteriore espressione del diritto di difesa è corroborato dal fatto che, sotto la vigenza del precedente codice, la Corte costituzionale³² ebbe a dichiarare la illegittimità dell'art. 515 ultimo comma, il quale consentiva al pubblico ministero di proporre appello incidentale quando quello principale fosse stato proposto solo dall'imputato neutralizzando così l'operatività del divieto in questione, proprio poiché l'istituto censurato aveva l'unico scopo pratico di contenere l'iniziativa dell'imputato, «che è quanto dire di ostacolare l'esplicazione del diritto di tutela giurisdizionale e di difesa giudiziaria».

Infine, strettamente connessa all'individuazione del fondamento su cui si poggia il divieto di *reformatio in pejus* è la determinazione della sua sfera di operatività.

Si dovrebbe inferire da quanto affermato sopra, e cioè che la ragione giuridica dell'istituto risieda nel *favor* per la potestà di appellare la sentenza di primo grado, che la regola che impone al giudice dell'appello

di non peggiorare la posizione dell'imputato unico appellante dovrebbe ritenersi norma eccezionale, e quindi, non applicabile oltre i casi previsti dal legislatore.

Tuttavia, se con il divieto *de quo* si è inteso, in ultima analisi, tutelare ulteriormente il diritto di difesa costituzionalmente garantito in ogni stato e grado del processo, non c'è motivo per circoscriverne l'operatività al solo giudizio di appello avverso le sentenze di primo grado.

Invero, anche la giurisprudenza³³ riconosce oramai la validità di carattere generale al divieto di *reformatio in pejus*: vi sono decisioni volte ad inquadrare il divieto suddetto come principio generale la cui efficacia si esplica anche nel giudizio di rinvio, nel riesame delle ordinanze applicative di misura cautelare quando impugnante è il solo imputato o indagato, nel giudizio di appello *ex art.* 310 c.p.p. e in quello in Cassazione, nonché nei procedimenti relativi alle misure di prevenzione.

5. Conclusione

Nei paragrafi che precedono sono stati, seppur sintomaticamente, inquadrati il fondamento e il perimetro applicativo del beneficio della sospensione condizionale della pena e la ragione giuridica che anima il divieto di *reformatio in pejus*, nonché individuati i rapporti tra i due istituti, pertanto, è necessario adesso applicare al caso di specie da cui ha tratto origine il presente studio le nozioni acquisite al fine di verificare se sia condivisibile o meno la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione.

La Suprema Corte avrebbe potuto decidere, conformemente alla richiesta della Procura Generale, nel senso di annullare la sentenza del giudice del gravame nella parte in cui aveva revocato il beneficio *de quo loquimur*, per un triplice ordine di ragioni.

In primo luogo, si prendano le mosse da una comparazione tra la *ratio* del beneficio della sospensione condizionale della pena e le motivazioni che hanno spinto il legislatore ad escludere che il suddetto beneficio fosse applicabile alle pene irrogate dal giudice di pace.

Quanto alla prima questione, si è detto che l'emenda non è presa in considerazione come conseguenza delle modalità dell'esecuzione della pena, bensì come elemento di fatto, presunto esistente, perché l'esecuzione di una pena retributiva sia sospesa per un dato periodo di tempo; quindi l'emenda non deve seguire il periodo di prova ma precederlo.

Da tale assunto si inferisce, poi, che la finalità di prevenzione speciale che anima l'istituto deve essere intesa in senso etico-spiritualistico e non naturalistico: in altre parole, è previsto che il beneficio non possa essere concesso al delinquente socialmente pericoloso

non esclude la possibilità di una riforma in peggio ma soltanto la possibilità di una riforma peggiorativa senza iniziativa della parte interessata. Inoltre, nell'ambito del *thema decidendum* individuato dalle parti, il giudice di appello non è vincolato alle singole alternative decisorie prospettate coi motivi di appello. L'effetto devolutivo dell'impugnazione attiene soltanto al potere di cognizione ma lascia impreggiudicato il potere decisorio. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 372.

³⁰ L'interesse ad impugnare mira a tutelare l'interesse dell'imputato ad un riesame della decisione, nel senso di valutare preventivamente l'effettivo pregiudizio che può derivargli dal provvedimento impugnato. Il divieto di *reformatio in pejus*, invece, tutela l'interesse sostanziale della parte al contenuto della decisione di appello. Se così non fosse si finirebbe per fare dell'interesse ad impugnare, oltre che un requisito dell'atto di impugnazione, un criterio cui improntare la decisione di secondo grado. MONTAGNA, *op. cit.*, p. 375.

³¹ MENNA, *op. cit.*, p. 194; MONTAGNA, *op. cit.*, pp. 376 ss.

³² Corte cost., 10 novembre 1971, n. 177, in *www.cortecostituzionale.it*.

³³ La giurisprudenza in questione è riportata da MONTAGNA, *op. cit.*, p. 381.

ma la pericolosità funziona solo da limite e non anche da fondamento dell'istituto.

In merito alla seconda questione, come noto, la competenza penale del giudice di pace si ricollega ad un diritto penale più mite e che punta dichiaratamente a valorizzare la conciliazione tra le parti come strumento privilegiato di risoluzione dei conflitti: anzi, si legge nella Relazione la d.lgs. n. 274 del 2000³⁴ che «Il primo dato di interesse risiede nella scomparsa della pena detentiva che, in relazione alla tipologia di reati attribuiti alla conoscenza del giudice di pace, ha vissuto una graduale sconfessione nelle sue funzioni di prevenzione generale e speciale. Vi si sostituiscono nuovi protocolli sanzionatori che scommettono prevalentemente sulla pena pecuniaria, in conformità con gli orientamenti affermatasi in molte esperienze straniere. Alla pena pecuniaria si accostano poi le sanzioni della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità»

Tali peculiarità del procedimento celebrato di fronte al giudice di pace fanno sì, quindi, che l'imputato disponga di un'ampia gamma di opzioni che consentono di evitare la pronuncia di una sentenza di condanna, a patto di una ricomposizione del conflitto con la vittima.

Appare perspicuo, così come, del resto, asserito anche dalla Corte Costituzionale, che il fondamento dell'esclusione del beneficio sia da rinvenirsi nelle caratteristiche del procedimento celebrato dal giudice onorario.

Dunque, se non si vuole cadere in un paralogismo, si deve ritenere che, laddove dovesse venire meno la ragione che giustifica l'esclusione della concessione del beneficio, quest'ultimo dovrebbe poter trovare applicazione.

Ed in effetti non si comprende per quale ragione, quando un reato attribuito alla competenza del giudice di pace sia giudicato da un altro giudice, e quindi fuori da quelle regole procedurali volte alla composizione bonaria del conflitto, l'imputato, oltre a non aver potuto scegliere di profittare di quelle opzioni che gli avrebbero consentito di evitare la sentenza di condanna, non potrebbe beneficiare della sospensione condizionale della pena.

Anche le argomentazioni poste alla base della non fondatezza della questione di costituzionalità sollevata con riguardo all'art. 60 d.lgs. n. 274 del 2000, non sono condivisibili: in particolare si è sostenuto che «A questo fine, è apparso infatti necessario che, nei casi in cui – in ragione dell'insuccesso dei diversi “filtri” conciliativo-deflattivi – si pervenga all'irrogazione della sanzione, questa, pur nella sua “mitezza”, sia però effettivamente eseguita, e non resti invece neutralizzata – più o meno immancabilmente, in assenza di precedenti penali ostativi del condannato – dall'istituto

sospensivo: prospettiva nella quale – tenuto conto anche dell'evidenziato regime delle iscrizioni nel casellario – il microsistema penale, sostanziale e processuale, del giudice onorario rischierebbe di risultare carente di incisività».

Affermare che le la sospensione condizionale della pena non è concedibile per le sanzioni irrogate dal giudice di pace poiché le pene applicate da quest'ultimo devono essere effettive costituisce una petizione di principio: invero, tutte le pene dovrebbero essere effettive affinché la pena possa esplicare la funzione retributiva e quella special-preventiva.

Peraltro, come sopra evidenziato, essendo le suddette funzioni poste a fondamento anche della sospensione condizionale della pena, tale beneficio dovrebbe poter essere concesso per tutti i tipi di pene che rinvergono nella retribuzione e nella special prevenzione la loro ragione d'essere.

Riprendendo le motivazioni della Corte Costituzionale, proprio perché il divieto di cui all'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000 non può essere valutato isolatamente, senza tenere conto delle connotazioni complessive del «microcosmo punitivo» in cui si inserisce, si dovrebbe concludere che, qualora un reato di competenza del giudice di pace sia giudicato da un altro giudice, venga meno la ragione della deroga.

Se, quindi, è astrattamente comprensibile il divieto di concedere la sospensione condizionale della pena alle sanzioni irrogate dal giudice di pace (in ogni caso, opinabilmente³⁵, seppur per altri motivi), altrettanto non può dirsi per le ipotesi in cui la pena sia inflitta da un altro giudice (una possibile soluzione sarebbe quella di sottoporre la questione di costituzionalità non con riferimento all'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000, bensì dell'art. 63 del medesimo decreto).

La conclusione raggiunta dalla Suprema Corte non convince anche con riferimento alla natura del provvedimento di revoca adottato dalla Corte di Appello.

Il giudice di primo grado, a seguito della riqualificazione del fatto in lesioni colpose, aveva erroneamente irrogato la pena della reclusione e, sempre erroneamente, concesso la sospensione condizionale della pena.

La Corte di Appello, nel disporre la revoca d'ufficio, aveva richiamato l'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000, ma, a ben guardare, il caso di specie non è annoverabile tra i casi in cui opererebbe una revoca di diritto tantomeno in quelli di cui all'art. 168 comma 2 c.p.: si versa, piuttosto, in una ipotesi in cui il beneficio è stato concesso in violazione di legge.

Pertanto, il giudice di appello non dovendo dichiarare una caducazione già avvenuta *ope legis*, e avendo,

³⁵ Altra e diversa questione è quella relativa alla ragionevolezza della non sospensibilità *tout court* delle pene irrogate dal giudice di pace a fronte della possibilità di concedere il beneficio per le pene pecuniarie e le sanzioni sostitutive. Sul punto si rinvia alla bibliografia citata nel terzo paragrafo.

³⁴ Relazione al d.lgs. n. 274 del 2000, p. 6.

invece, compiuto una rivisitazione di merito della precedente decisione (perché posta in violazione di legge) in assenza di appello del pubblico ministero o di domanda da parte dell'imputato, ha contravvenuto al principio del divieto di *reformatio in pejus*.

Conseguentemente, e infine, la decisione della Suprema Corte ha apoditticamente motivato il rigetto del ricorso invocando l'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000 omettendo, tuttavia, di verificare quali fossero le peculiarità del caso concreto e, quindi, eludendo il necessario bilanciamento che avrebbe dovuto porre in essere con la disciplina di cui all'art. 597 comma 3 c.p.p.

Come già evidenziato, il principio *ne eat iudex ultra petita partium* non esclude la possibilità di una riforma in peggio ma soltanto la possibilità di una riforma peggiorativa senza iniziativa della parte interessata. Inoltre, nell'ambito del *thema decidendum* individuato dalle parti, il giudice di appello non è vincolato alle singole alternative decisorie prospettate coi motivi di appello nel senso che l'effetto devolutivo dell'impugnazione attiene soltanto al potere di cognizione ma lascia impregiudicato il potere decisorio.

Pertanto, poiché nel ricorso in appello l'imputato aveva chiesto, tra gli altri motivi, che fosse dichiarata la illegalità della pena ma non anche che gli venisse revocato il beneficio erroneamente concesso, il giudice dell'appello ha esorbitato dal proprio potere di cognitivo.

Erica Vicentini

Praticante avvocato abilitata al patrocinio; Tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la sezione penale del Tribunale di Trento

Sequestro di materiale informatico poi restituito: ammissibile il riesame pur della sola copia.

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 20 luglio 2017, n. 40963

abstract

In this judgment, the Supreme Court resolved a jurisprudence contrast about the possibility of appeal against the provisional measure of the seizure of computer equipment when a copy was extracted before return. In asserting the admissibility of the lawfulness of appeal, the judge welcome a more careful interpretation in order to identify a contradictory place of the fundamental rights protection, that should be found when the ablative measures entail constitutionally guaranteed rights. Then, in a long obiter dictum, the Supreme Court also identifies the various types of computer data, enabling each to have the proper legal treatment.

keywords

Probationary seizure - Precautionary measure - Computers data - Budapest Convention - Extraction files - Admissibility.

abstract

Nella sentenza in commento, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale venutosi a formare dopo la ratifica della Convenzione di Budapest in punto di possibilità di ricorrere contro la misura provvisoria del sequestro di apparecchiature informatiche quando una copia è stata estratta prima del ritorno. Nell'affermare l'ammissibilità del ricorso, il collegio accoglie un'interpretazione sostanzialistica più attenta a individuare un luogo ove possa svolgersi il contraddittorio della tutela dei diritti fondamentali, necessario quando i provvedimenti ablativi ineriscono diritti costituzionali garantiti. Inoltre, in un lungo obiter dictum, la Corte Suprema identifica i diversi tipi di dati informatici, individuando per ciascuno il corretto trattamento giuridico.

parole chiave

Sequestro probatorio - Misure cautelari - Dato informatico - Convenzione di Budapest - Estrazione copia informatica - Ammissibilità.

Premessa - Il caso controverso - Gli orientamenti che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale - La soluzione della Corte - l'altro tema, il dato informatico.

È ammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un computer o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti, sempre che sia dedotto l'interesse, concreto e attuale, alla esclusiva disponibilità dei dati.

Corte di Cassazione, Sezioni unite penali,
sentenza 20 luglio 2017,
depositata il settembre 7 settembre 2017, n. 40963
Presidente Canzio, Estensore Ramacci

(Omissis)

1. Il Tribunale di Terni, sezione per il riesame delle misure cautelari, con ordinanza del 2 dicembre 2016 ha confermato il decreto con il quale, il 16/11/2016, il Pubblico Ministero presso il medesimo Tribunale aveva convalidato il sequestro disposto d'iniziativa dalla polizia giudiziaria, all'esito della perquisizione personale e locale eseguita nei confronti di A.C., in relazione ai reati di turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-bis c.p.) ed avente ad oggetto, tra l'altro, il computer personale dell'indagato, successivamente restituitogli previa estrazione di copia integrale dei dati informatici memorizzati.

2. Avverso tale pronuncia l'indagato ha proposto ricorso per cassazione tramite il proprio difensore di fiducia. Osserva il ricorrente, con il primo motivo, che il computer personale non può essere equiparato ad un documento o ad un gruppo di documenti, bensì ad un intero archivio o libreria in senso fisico, in considerazione della elevata capacità di conservazione dei dati, con la conseguenza che il sequestro dell'intero apparato sarebbe contrario al principio di proporzio-

nalità, oltre che a quanto disposto dall'art. 258 c.p.p., comma 4.

Il sequestro di un intero sistema informatico, nozione nella quale rientra anche il computer ad uso personale, sarebbe inoltre escluso dalle disposizioni del codice di rito, come modificate dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, sulla criminalità informatica.

Lamenta, inoltre, la mera apparenza della motivazione in ordine alla sussistenza del vincolo di pertinenzialità tra il reato ed i beni sequestrati, aggiungendo che l'avvenuta restituzione del computer, previa estrazione di copia dei dati, prima ancora della richiesta di riesame, non avrebbe fatto venir meno il suo interesse alla verifica della legittimità del provvedimento, mediante il quale si sarebbe proceduto ad un indiscriminato ampliamento del mezzo di ricerca della prova, tale da snaturarne la finalità, con conseguente intrusione nella sfera personale attraverso l'acquisizione di tutto il materiale informatico posseduto e riguardante la sua professione e non anche mediante un provvedimento espressamente finalizzato all'individuazione di quanto strettamente necessario ai fini probatori.

Con un secondo motivo di ricorso deduce che il provvedimento impugnato sarebbe del tutto privo di motivazione in ordine alle ragioni per le quali i giudici del riesame non avrebbero ritenuto rilevanti le argomentazioni sviluppate dalla difesa.

3. Il ricorso è stato assegnato alla sesta sezione penale, la quale ha preliminarmente dato atto di un precedente contrasto, risolto con una pronuncia resa nel 2008 dalle Sezioni unite, alla quale si erano successivamente adeguate le Sezioni semplici, con la quale, in relazione ad una fattispecie di sequestro di un computer e di alcuni documenti, si era affermato che, una volta restituita la cosa sequestrata, la richiesta di riesame del sequestro, o l'eventuale ricorso per cassazione contro la decisione del tribunale del riesame, è inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse, che non è configurabile neanche qualora l'autorità giudiziaria disponga, all'atto della restituzione, l'estrazione di copia degli atti o documenti sequestrati; ciò in quanto il relativo provvedimento è autonomo rispetto al decreto di sequestro, nè è soggetto ad alcuna forma di gravame, stante il principio di tassatività delle impugnazioni. (sez. un., n. 18253 del 24/04/2008, Tchmil).

La Sezione rimettente pone tuttavia in luce il formarsi di una recente, diversa, linea interpretativa che, considerando i contenuti delle disposizioni introdotte con la l. n. 48 del 2008, riconosce anche al "dato informatico" in quanto tale, e non solo al supporto che lo contiene, la caratteristica di oggetto del sequestro, poichè la sua riproduzione si risolve in un "clone" identico ed indistinguibile dall'originale. Con la conseguenza che i dati informatici acquisiti mediante l'integrale riproduzione di quelli presenti sulla memoria del computer rimangono sotto sequestro anche se il supporto fisico di memorizzazione sia restituito:

permane, sul piano del diritto sostanziale, una perdita autonomamente valutabile per il titolare del dato, venendo meno la disponibilità esclusiva della "informazione".

Da ciò conseguirebbe che la restituzione del computer, previa estrazione di copia informatica o riproduzione su supporto cartaceo dei dati in esso contenuti, non fa venire meno l'interesse a coltivare i ricorsi per riesame e per cassazione.

4. È stata emessa ordinanza di rimessione alle Sezioni unite ed il Primo Presidente, con decreto del 9 maggio 2017, ha fissato per la data odierna la trattazione del ricorso in camera di consiglio.

5. Il Procuratore generale ha sollecitato il rigetto del ricorso, pur riconoscendo la sussistenza di un interesse del ricorrente a impugnare il provvedimento nonostante l'avvenuta restituzione del materiale sequestrato, previa estrazione di "copia forense", escludendo, però, la sussistenza della carenza motivazionale evocata.

Il Procuratore generale ha depositato altresì memoria, con la quale, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, ha espresso le ragioni dell'adesione all'indirizzo secondo il quale permane un interesse all'impugnazione anche dopo la restituzione del computer e del dato "originale", qualora l'autorità inquirente ne abbia estratto copia, pur ribadendo l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

Motivi della decisione

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite può essere così enunciata:

«Se sia inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un computer o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti».

2. La Sezione rimettente ha posto in evidenza i diversi indirizzi interpretativi venutisi a formare dopo la pronuncia delle sezioni unite n. 18253 del 2008, Tchmil, dalla quale occorre dunque prendere le mosse ed i cui contenuti vanno sommariamente richiamati.

3. Osservando come, in una precedente pronuncia (sez. un., n. 230 del 20/12/2007, dep. 2008, Normanno, Rv. 237861), si fosse già condiviso il maggioritario orientamento, secondo il quale la restituzione del bene priva di interesse concreto l'impugnazione, con conseguente inammissibilità del ricorso, la sentenza Tchmil, previa disamina dei contenuti degli artt. 258 e 262 c.p.p., rileva l'autonomia del provvedimento acquisitivo della copia rispetto al sequestro probatorio, osservando anche come tale acquisizione possa avvenire, ad esempio, all'esito di perquisizione non seguita da sequestro, consegna spontanea o adempimento al dovere di esibizione. Tale provvedimento, inoltre,

viene indicato come frutto di autonoma determinazione discrezionale – ben potendo gli originali essere restituiti senza che ne sia stata estratta copia – che richiede una giustificazione della rilevanza probatoria dell'acquisizione, la quale non potrebbe esaurirsi nella menzione dell'esistenza di un pregresso provvedimento con cui si è resa temporaneamente indisponibile, a fini probatori, la cosa oggetto di copia, venendone tuttavia esclusa l'autonoma impugnabilità mediante riesame o altre forme di gravame in forza del principio di tassatività delle impugnazioni. Viene inoltre considerato anche l'ulteriore aspetto relativo all'eventuale permanere, a fronte dell'avvenuta restituzione, di un interesse ad impedire comunque l'ingresso della copia nel patrimonio probatorio utilizzabile, cosicché l'eventuale annullamento del sequestro all'esito dell'esame travolgerebbe il presupposto di validità del conseguente provvedimento di acquisizione probatoria, rendendolo a sua volta invalido. Si obietta, tuttavia, che, anche a voler riconoscere una dipendenza tra sequestro probatorio ed estrazione di copia tale da comportare una propagazione della nullità, deve volgersi l'attenzione al fatto che il riesame proposto con un sequestro ancora in atto risponde all'interesse, immediato ed attuale, alla restituzione; il che non avviene con riferimento alle copie estratte, delle quali non è in atto l'utilizzazione, la quale non è neppure certa, dipendendo dalla strategia delle parti nel successivo giudizio e dalle decisioni del giudice del processo, che non sarebbero, peraltro, in alcun modo condizionate dall'esito del giudizio incidentale del riesame. Si è altresì escluso che la questione possa assumere rilievo con riferimento alla utilizzabilità di un elemento probatorio illegittimamente acquisito nell'eventuale applicazione di una misura cautelare, che pure non sarebbe condizionata dall'esito del riesame del sequestro, stante l'autonoma valutazione sulla legittimità, utilizzabilità e significatività dei mezzi di prova demandata al giudice della misura cautelare, ribadendosi, in definitiva, che il giudicato nel procedimento incidentale riguarda solo il vincolo imposto dal provvedimento e ordinariamente non produce alcun effetto diverso, esaurendo completamente il proprio ambito con la pronuncia su quel vincolo.

4. Alla decisione si sono adeguate le Sezioni semplici con successive pronunce (tra le molte, Sez. 2, n. 29019 del 30/06/2010, Fontana, Rv. 248143; Sez. 6, n. 29846 del 24/04/2012, Addona, Rv. 253251; Sez. 1, n. 43541 del 08/10/2013, Poltrone, Rv. 257357; Sez. 3, n. 27503 del 30/05/2014, Peselli, Rv. 259197; Sez. 3, n. 24928 del 25/09/2014, Cenni, non mass.), alcune delle quali riguardanti specificamente ipotesi di sequestro di computer e documenti informatici.

5. Successivamente, altre pronunce si sono contrapposte all'indirizzo ormai consolidato. In particolare, in una prima decisione (Sez. 6, n. 24617 del 24/02/2015, Rizzo, Rv. 264093) si è riconosciuto che

costituisce sequestro probatorio l'acquisizione, mediante estrazione di copia informatica o riproduzione su supporto cartaceo, dei dati contenuti in un archivio informatico visionato nel corso di una perquisizione legittimamente eseguita ai sensi dell'art. 247 c.p.p., quando il trattenimento della copia determina la sottrazione all'interessato della esclusiva disponibilità dell'informazione. La pronuncia, riguardante l'acquisizione, a seguito di perquisizione, di quattro messaggi di posta elettronica prelevati e stampati previo accesso al sistema mediante le credenziali fornite dallo stesso titolare dell'indirizzo, pone in evidenza come anche il singolo personal computer non possa essere equiparato ad un documento o ad un gruppo di documenti, bensì ad un intero archivio o deposito o libreria in senso fisico, in ragione delle enormi potenzialità di archiviazione di grandi masse di dati, escludendo pertanto la possibilità di un indiscriminato sequestro del computer, con estrazione di copia dell'intero contenuto, difettando, in tal caso, la necessaria individuazione della cosa da acquisire ed il collegamento tra la cosa ed il reato da dimostrare, violandosi, inoltre, le regole in tema di proporzionalità del sequestro. Viene inoltre rilevata la esplicita esclusione della possibilità di procedere, di norma, al sequestro di interi sistemi informatici alla luce di quanto disposto dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, e richiamando i contenuti dell'art. 247 c.p.p., comma 1-bis, e art. 352 c.p.p., comma 1-bis, che tale legge ha introdotto. Non si esclude tuttavia la possibilità del sequestro di un intero sistema se il provvedimento è proporzionato rispetto alle esigenze probatorie o quando l'accertamento riguardi l'intero sistema (come nel caso di utilizzazione del computer per archiviazione di materiale illecito o per la duplicazione abusiva di supporti audiovisivi), tenendo peraltro conto della possibilità di un trasferimento fisico delle apparecchiature per l'effettuazione della perquisizione in luogo e con modalità adeguate, come nel caso in cui si presenti la necessità di disporre di personale tecnico, ad esempio per superare le barriere di protezione del sistema. Richiamando quindi la sentenza Tchmil delle sezioni unite ed osservando come la stessa sia stata assunta antecedentemente alla vigenza delle nuove disposizioni introdotte con la l. n. 48 del 2008, si osserva che in quella decisione non si era affrontato il tema della estrazione di copia del dato informatico e della perdurante perdita di un diritto su una cosa che potrebbe conseguire. Attraverso l'analisi della legge citata, la sentenza Rizzo individua il dato informatico come oggetto del sequestro, riconoscendogli la qualifica di "cosa", trovando conferma a tale assunto nel disposto degli artt. 635-bis e 635-ter c.p., nonché in quelle disposizioni del codice di rito che a tale dato attribuiscono un valore del tutto assimilabile a quello di un oggetto "fisico" (artt. 248, 254, 254-bis, 256 e 260 c.p.p.). Viene poi rilevato che la sostanziale identità tra originale e copia, significativamente individuata, nel

linguaggio comune, come “clone”, non consentirebbe di ritenere che vi sia stata una effettiva restituzione di quanto in sequestro quando l’interessato sia stato comunque privato del valore in sé del dato, rappresentato dalla sua esclusiva disponibilità. Ritenendo quindi che l’art. 258 c.p.p., non sembra voler disciplinare il caso in cui il documento trasferisca il proprio valore anche sulla copia, si sostiene che «la restituzione degli atti originali, cartacei o digitali, previa estrazione di copie» determina «il venir meno del sequestro solo laddove non permanga una perdita valutabile per il titolare del bene originale. Perdita che deve essere considerata sul piano di un diritto sostanziale e non deve invece essere considerata quanto al semplice interesse a che la data cosa non faccia parte del materiale probatorio» (come afferma la già citata sentenza delle sez.un.).

6. Altra decisione (Sez. 3, n. 38148 del 23/6/2015, Cellino, Rv. 265181) evidenzia la “assoluta peculiarità della nozione di documento informatico/dato informatico” e, richiamando le argomentazioni sviluppate nella sentenza Rizzo, riconosce la sussistenza di un interesse attuale a richiedere il controllo giurisdizionale sulla legittimità del sequestro, perché la restituzione dei supporti di archiviazione, previo trattenimento di copia dei dati informatici estratti, non comporta il venir meno del vincolo (ad essa si è successivamente conformata Sez. 5, n. 25527 del 27/10/2016, dep. 2017, Storari, Rv. 269811).

7. Su una posizione in un certo senso intermedia si colloca, invece, una successiva pronuncia (Sez. 2, n. 40831 del 09/09/2016, Tona, Rv. 267610) che, pur seguendo il solco tracciato dalla sentenza Tchmil, riconosce, tenendo conto delle argomentazioni sviluppate dalla sentenza Rizzo, la permanenza di un interesse all’impugnazione quando sia dimostrato il valore autonomo dei dati copiati, perché il trattenimento della copia determina la sottrazione all’interessato della esclusiva disponibilità dell’informazione, risolvendosi in un vero e proprio “sequestro di informazione”, autonomamente apprezzabile.

8. Ciò posto, occorre in primo luogo individuare la natura del “dato informatico”, verificando se lo stesso abbia caratteristiche particolari che lo differenziano rispetto ad altri dati raccolti ed archiviati con diverse modalità.

Va peraltro considerato come tale operazione richieda un’ulteriore premessa, finalizzata a ben delineare l’oggetto del discorso, prendendo in considerazione le diverse possibili componenti di quello che può definirsi, in concreto, un “sistema informatico”.

Deve tuttavia osservarsi che il risultato di tale analisi non potrà che essere limitato agli aspetti strettamente necessari per la soluzione della questione di diritto.

9 Un sistema informatico, in linea generale, è costituito dalle componenti hardware e software, le prime rappresentate, secondo la comune definizione, dal complesso di elementi fisici non modificabili, (quali

circuiti, unità di memoria, parti meccaniche etc.) cui si aggiungono periferiche di ingresso (ad. es. tastiera, scanner etc.) e di uscita (es. monitor, stampante) ed altri componenti comuni (modem, masterizzatore, cavi) e le seconde costituite, sempre secondo la comune accezione, dall’insieme di istruzioni e procedure necessarie per il funzionamento stesso della macchina (software di base) o per farle eseguire determinate attività (software applicativo) e costituiti da programmi o dati memorizzati su specifici supporti.

La Convenzione di Budapest, ratificata dalla legge n. 48 del 2008, definisce il sistema informatico come “qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l’elaborazione automatica di dati”, tenendo quindi conto anche della possibile interazione di più dispositivi.

Va dunque distinto, per quel che qui interessa, il “contenitore” rispetto al “contenuto”, dovendosi quindi valutare l’oggetto di un eventuale provvedimento di sequestro, il quale, come correttamente ricordato nella sentenza Rizzo, può riguardare, sussistendone la necessità, l’intero sistema (come nel caso in cui l’apprensione sia necessaria per esaminare grosse quantità di dati, pur essendo necessario – come ricorda Sez. 6, n. 53168 del 11/11/2016, Amores, Rv. 268489 – la immediata restituzione decorso il tempo ragionevolmente utile per gli accertamenti legittimamente in corso) ovvero il singolo dato, che ha certamente una sua identità fisica, essendo modificabile e misurabile.

10. Dunque anche la componente software di un sistema informatico, avendo una sua consistenza compiutamente individuabile, può pacificamente ritenersi suscettibile di sequestro (come peraltro già riconosciuto, con riferimento a “siti web” o singole “pagine telematiche”, da sez.un., n. 31022 del 29/01/2015, Fazzo, Rv. 264089), seppure con le specifiche modalità dettate dalla legge.

Va peraltro osservato, a tale proposito, che la distinzione tra le diverse componenti di un sistema informatico di cui si è appena detto non è stata sempre chiara al legislatore, il quale, nell’art. 491-bis c.p., definiva, ad esempio, come “documento informatico”, qualunque “supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli”, così sostanzialmente sovrapponendo il “documento”, entità del tutto autonoma, con il “supporto” che lo contiene.

A tale anomalia, segnalata dalla dottrina, si è successivamente rimediato attraverso la soppressione del periodo ad opera della l. n. 48 del 2008, art. 3, comma 1, lett. b), dovendosi ora fare riferimento alla definizione di “documento informatico” contenuta nel d.l.gs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 1, lett. p), (“documento informatico: il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”) già in precedenza fornita, sot-

to diversa forma, dapprima dal d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, e, successivamente, dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

La differenza è ora ben presente anche in altre disposizioni, come, ad esempio, negli artt. 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies* c.p., che distinguono il danneggiamento dell'integrità dei dati dal danneggiamento dell'integrità di un sistema.

11. La distinzione tra intero sistema e dati è altresì rinvenibile nelle disposizioni del codice di rito modificate dalla L. n. 48 del 2008, come, ad esempio, negli artt. 247, comma 1-*bis* e 352, comma 1-*bis*.

Detta distinzione tra i dati ed il sistema che ne consente l'archiviazione o l'elaborazione (o, meglio, tra componenti hardware e software di un sistema) è dunque evidente non soltanto sotto un profilo prettamente tecnico, ma anche nell'uso dei termini effettuato dal legislatore, così come è altrettanto evidente che a dati, programmi ed informazioni viene comunque riconosciuta quella individualità fisica di cui si è detto, sanzionandone il danneggiamento (artt. 635-*bis* e 635-*ter* c.p.) e specificando le modalità esecutive delle perquisizioni (art. 248 c.p.p., comma 2, art. 352 c.p.p., comma 1-*bis*), dei sequestri (art. 256 c.p.p., comma 1, art. 259 c.p.p., comma 2, art. 260 c.p.p., comma 2) e degli accertamenti urgenti (art. 354 c.p.p., comma 2).

12. Deve a questo punto considerarsi che la nozione di "dato informatico", sebbene riferibile, per quel che qui rileva, ai "dati, programmi ed informazioni" di cui alle norme appena richiamate e, più in generale, alla componente software di un sistema, risulta comunque non chiaramente definita se non per l'ampia indicazione dell'oggetto fisico, il quale, tuttavia, può assumere conformazioni diverse, potendo, ad esempio, riguardare un insieme di istruzioni formulate in uno specifico linguaggio e finalizzate alla esecuzione di determinate operazioni (come nel caso del programma applicativo), un mero insieme di informazioni come quelle conservabili su carta, il risultato dell'elaborazione di più informazioni o operazioni, la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti (nella forma, quindi, del documento elettronico), la riproduzione per immagine di atti o documenti cartacei etc. Sempre la Convenzione di Budapest definisce come dato informatico «qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato, incluso un programma in grado di consentire ad un sistema computerizzato di svolgere una funzione».

In dottrina si è fatto rilevare come la terminologia utilizzata dal legislatore non sia sempre corrispondente alla definizione offerta dalla Convenzione, essendosi ad esempio, nella frode informatica (art. 640-*ter* c.p.) e nel danneggiamento, affiancato, al termine "dato" anche quelli di "informazione" e "programma", che sono in esso ricompresi.

13. Oggetto di un eventuale sequestro, in definiti-

va, può anche essere il dato informatico così come in precedenza individuato.

Secondo il rapporto esplicativo adottato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (punto 197), il termine "sequestrare", in base alla convenzione "significa prendere il mezzo fisico sul quale i dati o le informazioni sono registrati oppure fare e trattenere una copia di tali dati o informazioni. "Sequestrare" include l'uso o il sequestro di programmi necessari ad accedere ai dati che si stanno sequestrando. Allo stesso modo in cui si usa il termine tradizionale "sequestrare", il termine "assicurare in modo simile" è incluso per indicare gli altri modi nei quali i dati intangibili possono essere portati via, resi inaccessibili o il suo controllo e in altro modo escluso per il sistema informatico".

Alla luce di quanto sinora riportato, sembra possa rilevarsi che la peculiarità del dato informatico sia data esclusivamente dalle sue caratteristiche fisiche e dalle modalità di conservazione e di elaborazione, mentre non si rilevano rilevanti differenze rispetto al contenuto, quando rappresentativo di fatti, atti, idee, sequenze di espressioni, etc., il quale può essere conservato anche altrove, ad esempio sulla carta.

14. Di tale particolarità si è fatto evidentemente carico il legislatore con le modifiche apportate al codice penale ed al codice di rito con la più volte menzionata l. n. 48 del 2008.

Ed infatti, l'art. 244 c.p.p., comma 2, prevede, ad esempio, la possibilità di adottare, riguardo ai rilievi ed alle operazioni tecniche da effettuare in relazione a sistemi informatici o telematici, misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione.

L'art. 247 c.p.p., comma 1-*bis*, prevede analoghi accorgimenti nel consentire la perquisizione di un sistema informatico o telematico, anche se protetto da misure di sicurezza, quando vi è fondato motivo di ritenere che in essi si trovino dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato (analoga possibilità di perquisizione è riconosciuta alla polizia giudiziaria dall'art. 352 c.p.p., comma 1-*bis*).

L'art. 254-*bis* c.p.p., nel disciplinare il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni, consente all'autorità giudiziaria di stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei servizi, che l'acquisizione avvenga mediante copia dei dati su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immutabilità, ordinandosi, in questo caso, al fornitore dei servizi, di conservare e proteggere adeguatamente i dati originali.

L'art. 256 c.p.p., comma 1, estende l'obbligo di consegna all'autorità giudiziaria richiedente ai «dati, le informazioni e i programmi informatici, anche mediante copia di essi su adeguato supporto».

L'art. 260 c.p.p., comma 2, che originariamente

stabiliva la possibilità di estrarre copia dei documenti e far eseguire fotografie o altre riproduzioni delle cose sequestrate che possono alterarsi o che sono di difficile custodia, prescrive ora che quando si tratta di dati, di informazioni o di programmi informatici, la copia deve essere realizzata su adeguati supporti, mediante procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità, potendosi, in tali casi, disporre la custodia degli originali anche in luoghi diversi dalla cancelleria o dalla segreteria.

L'art. 354 c.p.p., comma 2, nel disciplinare gli accertamenti urgenti da parte della polizia giudiziaria, prevede, riguardo ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, l'adozione di misure tecniche o l'imposizione delle prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso, stabilendo altresì che, ove possibile, la medesima polizia giudiziaria provveda alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità.

15. Come si evince dal contenuto delle disposizioni appena richiamate, esse fanno riferimento a dati, informazioni e programmi nella loro essenza fisica e senza riferimento ai contenuti, prevedendo la possibilità di ricercarli mediante perquisizione del sistema informatico o telematico che li potrebbe contenere.

Altro elemento comune che si rinviene nelle citate disposizioni è il riferimento alla possibilità di estrazione di copie dei dati secondo procedure, peraltro non tipizzate (cfr. Sez. 3, n. 37644 del 28/5/2015, R., Rv. 265180), che ne assicurino la conformità all'originale e la immodificabilità.

Invero, come emerge con chiarezza dal complesso delle disposizioni codicistiche dianzi richiamate, l'estrazione della copia con modalità tali da assicurarne la conformità all'originale e la sua immodificabilità è prevista allo scopo di preservare il dato acquisito isolandolo dal sistema che lo contiene, impedendone la successiva elaborazione, trasformazione o eliminazione, sempre possibile anche senza il diretto intervento di un operatore, ad esempio, se precedentemente programmata.

Si tratta, in altre parole, di un riferimento alla c.d. copia-immagine, che riproduce il dato duplicato nelle stesse condizioni in cui si trova al momento della sua acquisizione, poichè ciò che può rilevare, per le finalità di indagine che giustificano l'apprensione, non è necessariamente il solo contenuto informativo del dato, ma il dato stesso e il suo stato in un determinato periodo, potendo, ad esempio, con riferimento ad un semplice file, risultare di interesse investigativo la data di creazione, quella di apertura, di esecuzione o dell'ultima modifica, la proprietà, i permessi, eventuali codici di controllo, la posizione all'interno di una determinata cartella o gruppo di cartelle etc. L'acqui-

sizione della copia con le modalità indicate, peraltro, consente l'estrazione di ulteriori copie immagine e la loro successiva manipolazione per i necessari accertamenti tecnici senza l'inevitabile trasformazione o modifica delle condizioni originali che si avrebbe operando diversamente, rendendo peraltro detti accertamenti ripetibili successivamente.

In tali casi, dunque, i dati individuati attraverso la perquisizione vengono sottoposti a sequestro.

Va anche osservato che la concreta esecuzione delle attività finalizzate all'acquisizione del dato va calibrata secondo le specifiche esigenze del caso (oltre che nell'ovvio rispetto del principio di proporzionalità), poichè la acquisizione, ad esempio, del mero contenuto testuale di un documento conservato in formato elettronico richiede modalità diverse e presenta minore complessità rispetto alle attività di acquisizione del dato da effettuarsi mantenendolo inalterato o su un computer acceso e funzionante, per evitare, ad esempio, che lo spegnimento disperda informazioni sulla connessione o l'accesso ad una rete o ad un determinato sistema remoto, oppure nel caso in cui la sola ricerca del dato possa alterarne i contenuti.

16. Nel fare riferimento a tali casi si è sostenuta, in dottrina ed anche nella giurisprudenza richiamata, la sostanziale identità tra l'estrazione della copia dei dati informatici ed il sequestro. Ma tale assunto, se posto in termini così drastici, non pare pienamente condivisibile e richiede alcune precisazioni.

Le disposizioni in precedenza richiamate sono finalizzate all'individuazione delle concrete modalità di estrazione e conservazione in considerazione delle caratteristiche delle cose da sequestrare e della suscettibilità delle stesse a repentine trasformazioni o, come nel caso dell'art. 254-*bis* c.p.p., all'assicurazione della continuità del servizio.

Significativo, a tale proposito, risulta l'art. 260 c.p.p., il quale, così come dispone che l'autorità giudiziaria fa estrarre copia dei documenti e fa eseguire fotografie o altre riproduzioni delle cose sequestrate che possono alterarsi o che sono di difficile custodia, le unisce agli atti e fa custodire in cancelleria o segreteria gli originali dei documenti, altrettanto prevede, per ciò che concerne i dati informatici, stabilendo le specifiche modalità di copia e distinguendo quest'ultima dagli originali, la cui custodia può essere disposta anche in luoghi diversi.

17. I riferimenti alla copia dei dati ed al mantenimento della loro originaria integrità introdotti dalla legge n. 48 del 2008 riguardano le cosiddette copie-immagine (la cui integrità ed identità all'originale è assicurata dalla funzione crittografica di "hash" alla stregua di un'impronta) ed è evidente, dal momento che, riguardando la legge suddetta la criminalità informatica, l'acquisizione e conservazione del dato informatico deve assicurare la possibilità di successive analisi nello stato e nelle condizioni nelle quali esso si

trovava all'interno del sistema attraverso la creazione, appunto, di un "clone".

Può peraltro verificarsi l'ipotesi in cui tale necessità non sia avvertita, essendo sufficiente la mera copia del contenuto del dato informatico mediante estrapolazione dello stesso in una copia priva delle suddette caratteristiche.

Una simile distinzione è presente nel d.lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'amministrazione digitale) laddove, nell'art. 1, oltre a distinguere, al comma 1, il "documento informatico" dal "documento analogico" (rispettivamente, nel comma 1, lett. p e p-bis) a seconda che la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti sia o meno inserita in un documento elettronico che ne contiene la rappresentazione informatica, definisce, nella lett. i-quater, la "copia informatica" di documento informatico ("il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento da cui è tratto su supporto informatico con diversa sequenza di valori binari") e la distingue dal "duplicato informatico" di cui alla lett. i-quinquies ("il documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario"), operando, peraltro, una analoga distinzione tra "copia informatica di documento analogico" e "copia per immagine su supporto informatico di documento analogico", laddove la prima è «il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento analogico da cui è tratto» e la seconda «il documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto».

Va tuttavia posto in evidenza che, sulla base delle disposizioni in precedenza esaminate e delle diverse esigenze investigative che rendono necessario il sequestro, la distinzione tra "copia-immagine" (o "clone") e semplice copia non sembra sufficiente per definire i termini della questione, dovendosi anche distinguere i casi in cui la apprensione riguardi, essenzialmente, il dato informatico in relazione al suo contenuto, in quanto rappresentativo di atti o fatti, dunque quale vero e proprio documento, la cui particolarità è data soltanto dalle modalità di acquisizione e conservazione.

18. In definitiva, alla luce delle considerazioni sopra esposte, riguardo ai dati ed ai sistemi informatici possono verificarsi diverse situazioni, in precedenza individuate, rispetto alle quali il sequestro probatorio, secondo le diverse necessità, può colpire il singolo apparato, il dato informatico in sé, ovvero il medesimo dato quale mero "recipiente" di informazioni.

Se, per quanto riguarda la prima ipotesi, è indubbio che l'interesse ad ottenere la restituzione va riferito all'intero apparato o sistema in quanto tale, perchè specifico oggetto del sequestro, nella seconda, invece, la materiale apprensione riguarda il dato come cristal-

lizzato nel "clone" identico all'originale e, perciò, da esso indistinguibile, perchè riversato nella "copia immagine" solo per preservarne l'integrità e l'identità alle condizioni in cui si trovava al momento del prelievo e consentire successive verifiche o accertamenti tecnici.

In tale caso l'interesse alla restituzione riguarda, appunto, il dato in sé e non anche il supporto che originariamente lo conteneva o quello sul quale è trasferito il "clone", sicchè la mera restituzione del supporto non può considerarsi come esaustiva restituzione della cosa in sequestro; e ciò trova conferma anche nella ricordata definizione di "sequestro" offerta dalla convenzione di Budapest.

Diverso è invece il caso in cui un atto o un documento si presenti sotto forma di dato informatico, non rilevando, in tali casi, il dato in sé, bensì quanto in esso rappresentato, come avviene per i documenti cartacei, ben potendosi distinguere, in tali casi, le copie dall'originale, che in questo caso sarà rappresentato dal documento elettronico originariamente formato ed univocamente identificabile.

19. Se questa è, dunque, la distinzione che deve operarsi, è evidente che nei primi due casi ipotizzati non può trovare applicazione l'art. 258 c.p.p., che riguarda espressamente i documenti, mentre tale disposizione andrebbe considerata quando il dato informatico può essere ricondotto entro la nozione di atto o documento, nel qual caso andrebbero apprezzate le conclusioni cui è pervenuta la sentenza Tchmil.

Occorre però rilevare, a tale proposito, che la sentenza Tchmil non ha affatto preso in esame l'ipotesi, sulla quale parte della giurisprudenza successiva ha focalizzato l'attenzione, in cui il documento, sia esso informatico o di altro tipo, "trasferisca il proprio valore anche sulla copia", venendo così in gioco l'interesse alla "disponibilità esclusiva del "patrimonio informativo" cui fa riferimento l'ordinanza di rimessione, poiché esso non verrebbe meno con la mera restituzione fisica di quanto oggetto di sequestro.

20. È indubbio che, in tali casi, la restituzione non può considerarsi risolutiva, dal momento che la mera reintegrazione nella disponibilità della cosa non elimina il pregiudizio, conseguente al mantenimento del vincolo sugli specifici contenuti rispetto al contenitore, incidente su diritti certamente meritevoli di tutela, quali quello alla riservatezza o al segreto.

Vanno a tale proposito considerate le indicazioni fornite dalla Corte EDU, che anche le pronunce successive alla sentenza Tchmil hanno valorizzato, concernenti non soltanto il fattore tempo come parametro di valutazione della correttezza di un sequestro (come ricordato da Sez. 6, n. 53168 del 2016, Amores, cit. la quale richiama Corte EDU 07/06/2007, Smirnov c. Russia, nonchè Corte EDU 19/06/2014, Draghici c. Portogallo), ma anche il diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU, in particolare, la tutela della segretezza delle fonti giornalistiche (Sez. 6, n. 24617

del 2015, Rizzo, cit., richiama Corte EDU, Grande Camera, 14/09/2010, Sanoma Uitgevers, B.V. contro Paesi Bassi, ma v. anche Corte EDU 19/01/2016, Gulcu c. Turchia), nonché, con riferimento all'art. 8 della Convenzione, il diritto al rispetto della vita privata e familiare (Corte EDU, 22/5/2008, Ilya Stefanov c. Bulgaria; 02/04/2015, Vinci Construction et GTM Genie Civil et Services c. Francia).

La Corte EDU ha tenuto dunque in considerazione la inevitabile incidenza degli atti di indagine aventi ad oggetto dati sensibili e, in un caso, ha espressamente evidenziato, riconoscendo la legittimità del procedimento, in una ipotesi di sequestro di documenti e file estratti da computer aziendali, la necessità di un pieno contraddittorio quanto ai documenti acquisiti e la possibilità di impugnare il sequestro davanti ad un giudice.

Può in definitiva ritenersi che, in tali casi, nonostante la restituzione del supporto sul quale il dato è contenuto, permanga comunque un interesse all'impugnazione del provvedimento ablativo per la verifica della sussistenza dei presupposti applicativi.

Deve tuttavia trattarsi di un interesse concreto ed attuale, specifico ed oggettivamente valutabile sulla base di elementi univocamente indicativi della lesione di interessi primari conseguenti alla indisponibilità delle informazioni contenute nel documento, la cui sussistenza andrà dimostrata, non potendosi ritenere sufficienti allo scopo generiche allegazioni.

21. Deve conseguentemente affermarsi il seguente principio di diritto:

«È ammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un computer o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti, sempre che sia dedotto l'interesse, concreto e attuale, alla esclusiva disponibilità dei dati».

22. Venendo all'esame dei motivi di ricorso, va osservato, con riferimento alla prima doglianza, che secondo quanto rilevato nel provvedimento impugnato, il Pubblico Ministero non ha disposto, come affermato dal ricorrente, il sequestro indiscriminato dell'intero computer, avendo invece proceduto a perquisizione personale, veicolare e locale finalizzata al sequestro di atti e documenti che i giudici del riesame hanno motivatamente ritenuto pertinenti ai reati per i quali si procede.

Per ciò che concerne specificamente gli archivi informatici, il Tribunale ha chiaramente posto in evidenza come il Pubblico Ministero avesse disposto la sola "perquisizione mirata" degli stessi, cui ha fatto seguito l'estrazione dei dati significativi e l'immediata restituzione degli archivi all'avente diritto senza pregiudizio per la fruizione del sistema informatico.

Quanto all'acquisizione delle copie, va rilevato che trattasi di materiale verosimilmente di natura docu-

mentale, rispetto al quale il ricorrente non ha indicato quale fosse l'interesse alla esclusiva disponibilità delle informazioni in essi contenute, limitandosi a riferimenti del tutto generici a non meglio precisate "intrusioni nella sfera personale" che il sequestro del materiale "attinente alla professione" avrebbe determinato.

Per ciò che concerne, invece, il secondo motivo di ricorso, lo stesso è inammissibile perchè deduce un vizio di motivazione denunciandone l'illogicità, mentre, secondo quanto stabilito dall'art. 325 c.p.p., il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa in sede di riesame dei provvedimenti di sequestro preventivo e probatorio è proponibile solo per violazione di legge.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato, con le conseguenziali statuizioni indicate in dispositivo.

P.Q.M.

Omissis

*** *Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – 1. Il caso controverso. – 2. Gli orientamenti che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale. – 3. La soluzione della Corte. – 4. L'altro tema: il dato informatico.

Premessa

La sentenza in commento, occasionata da un contrasto fra sezioni semplici sorto dopo la ratifica della Convenzione di Budapest (detta Convenzione *Cybercrime*) del 2008, ha quale precipuo oggetto l'ammissibilità di una impugnazione su provvedimento di sequestro di materiale informatico post restituzione ed estrazione copia.

Dopo aver affermato la astratta ammissibilità della impugnazione in sede di legittimità, in una prospettiva fortemente evolutiva rispetto al precedente approdo a Sezioni unite in materia, il collegio giudicante coglie l'occasione per disegnare compiutamente il sistema dei mezzi di ricerca della prova informatica e degli specifici oggetti materiali che possono essere colpiti in tale ambito da provvedimenti ablatori, in particolare con riguardo al sequestro probatorio. L'ultimo intervento a Sezioni Unite in materia fu nel 2008, prima della riforma citata, la quale ha fortemente innovato la materia anche nella sua applicazione nazionale, dato che ha dato origine a varie fattispecie poste a tutela del dato informatico in quanto tale (es. le quattro fattispecie di danneggiamento informatico). Successivamente, la Corte approfondisce la disamina delle *species* di dato informatico passibili di sequestro probatorio, individuando tipologie sequestrabili anche autonomamente rispetto al supporto materiale che li contiene: da qui il ragionamento accoglie – con qualche precisazione – l'orientamento più innovativo proposto dalla Sezione remittente, sancendo l'astratta ammissibilità

del ricorso in Cassazione avverso un provvedimento di convalida di sequestro di materiale informatico pur qualora venga estrapolata copia del suddetto materiale ed esso venga subito restituito. Valorizzando l'art. 111 Cost., ciò può avvenire – ed ecco la precisazione – solo in quanto permanga un interesse concreto e attuale al “monopolio” sui dati che determina la necessità di contraddittorio dato che comporta una potenziale lesione all'interesse sostanziale alla disponibilità esclusiva di un certo patrimonio informativo.

Interessante è notare quanto il ragionamento della Corte di legittimità, innovativo rispetto all'oggetto materiale su cui va ad incidere e del quale coglie le peculiarità, si fondi poi sulla valorizzazione dei principi fondamentali e tradizionali che animano il giusto processo, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, i giudici ammettono la possibilità di impugnazione in sede di legittimità pur in assenza di una specifica disposizione in tal senso, fondandosi sulla necessità di presidiare al massimo grado il diritto al contraddittorio: nel caso di sequestro probatorio disposto su materiale informatico subito restituito, il solo mezzo per vagliare la legittimità, correttezza e proporzionalità della compressione dei diritti del prevenuto è il mezzo di impugnazione, che laddove non venga ammesso in sede di riesame deve trovare sbocco per lo meno in sede di legittimità: esso quindi si pone come mezzo indispensabile per la tutela dei diritti fondamentali che possono interagire con i provvedimenti ablativi istruttori, quali il diritto alla tutela della segretezza delle fonti giornalistiche ovvero il diritto alla riservatezza o ancora il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

1. Il caso controverso

La questione che dato origine all'intervento delle Sezioni unite può essere così riassunta: l'indagato ha impugnato innanzi al Tribunale del Riesame il decreto di convalida del P.M. di un sequestro probatorio disposto all'esito di perquisizione personale e locale eseguita dalla polizia giudiziaria. Il Tribunale del Riesame non ha accolto le sue doglianze, essenzialmente sulla base della ritenuta carenza di interesse del prevenuto ed ha così confermato il provvedimento di inammissibilità; conseguentemente l'indagato ha proposto impugnazione in sede di legittimità.

L'inammissibilità traeva direttamente origine dall'oggetto materiale del provvedimento ablativo. Oggetto è stato, fra le varie cose, il computer personale dell'indagato, dal quale era stata estratta copia integrale per poi essere subito restituito al legittimo detentore: il punto fondamentale era da rivenirsi nel fatto che la restituzione era avvenuta prima della proposizione di riesame, rimedio che conseguentemente perdeva totalmente di significato.

Essenzialmente, il collegio del riesame aveva ritenuto inammissibile la doglianza – e quindi carente

di interesse l'istante – ritenendo non più in essere il sequestro: l'estrazione della copia doveva essere ricondotta ad un altro e diverso meccanismo, quello di cui all'art. 258 c.p.p., ma non poteva avere rilevanza in sede di impugnazione di misura cautelare, ostandovi il principio di tassatività delle impugnazioni e l'assenza di una misura in atto.

Le doglianze del ricorrente in Cassazione hanno interessato più profili: in primo luogo, è stato rilevato che il sequestro appariva viziato per difetto di proporzionalità e violazione dell'art. 258 comma 4 c.p.p., in quanto il computer personale non può essere considerato un documento ma deve essere considerato un archivio sul quale non può indiscriminatamente estendersi un provvedimento ablativo della pubblica accusa, necessitandosi di concreta individuazione degli specifici documenti rilevanti e pertinenti alla questione indagata. Inoltre, e questo pare il motivo che più ha reso necessario un intervento di legittimità, il ricorrente ha lamentato l'apparenza di motivazione in ordine alla sussistenza del vincolo di pertinenzialità, osservando, quasi in forma di *obiter*, che l'avvenuta restituzione del computer previa estrazione della copia dei dati, non faceva venir meno l'interesse alla verifica della legittimità del provvedimento.

Si tratta di una questione di fondamentale importanza pratica stante la pervasività dell'utilizzo delle tecnologie nella vita quotidiana e dell'enorme *vulnus* di tutela che può venirsi a creare di fronte alla assenza, in molti casi, di specifiche disposizioni procedurali: oggi chiunque di noi vive anche attraverso almeno un *device* sul quale sono contenuti dati, sensibili e non, che possono rivelare molteplici informazioni sia sul diretto detentore sia su terzi. Ne deriva che i sistemi informatici e telematici che interagiscono con le attività quotidiane di ciascuno di noi diventano, nel caso di reati informatici in senso stretto e di computer *related crimes*, ricchissimi recettori di informazioni dal contenuto più diverso, che possono diventare utili a fini investigativi.

L'assenza di norme specifiche in grado di cogliere le peculiarità della dimensione informatica ha originato l'orientamento più tradizionale di legittimità pacificamente confermato sino al 2008, che trovava forza nel rilievo formale della tipicità delle forme di impugnazione e in una concezione di dato informatico in uno con il suo supporto.

Solo una lettura evolutiva delle norme, alla luce delle peculiarità concrete e dei principi fondanti il sistema, ha permesso di rimediare alla assenza di disciplina ad hoc.

2. Gli orientamenti che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale

Il contrasto in seno alle sezioni della Corte di Cassazione si è configurato in tempi recenti, a seguito della ratifica in Italia della Convenzione sul crimine infor-

matico firmata a Budapest nel 2008. L'orientamento più tradizionale, consacrato nella sentenza a Sezioni unite Tchmill proprio nel 2008, previa disamina dei contenuti degli artt. 258 e 262 c.p.p., rilevava l'inammissibilità della impugnazione nel caso di restituzione del materiale in sequestro anche nel caso di estrapolazione di copia dello stesso. Tale convincimento era fondato sulla ritenuta autonomia del provvedimento acquisitivo della copia rispetto al sequestro probatorio; esso doveva considerarsi frutto di autonoma determinazione discrezionale che richiede una propria giustificazione della rilevanza probatoria dell'acquisizione. L'esclusione della autonoma impugnabilità mediante riesame o altre forme di gravame era fondata sul principio di tassatività delle impugnazioni. A fronte di molte pronunce che si sono adeguate al *dictum* delle Sezioni unite, si è poi sviluppato un diverso orientamento contrapposto all'indirizzo succitato. In particolare, in una prima decisione della Sesta sezioni (n. 24617 del 24/02/2015, Rizzo,) si è riconosciuto che permane il vincolo del sequestro probatorio quando l'acquisizione, mediante estrazione di copia informatica o riproduzione su supporto cartaceo, dei dati contenuti in un archivio informatico determina il trattenimento della copia, con correlativa sottrazione all'interessato della esclusiva disponibilità dell'informazione. In essa si evidenziava altresì la esplicita esclusione della possibilità di procedere, di norma, al sequestro di interi sistemi informatici, fondando tale convincimento proprio sulla legge di ratifica della neonata Convenzione di Budapest, richiamando i contenuti dell'art. 247 c.p.p., comma 1-*bis*, e art. 352 c.p.p., comma 1-*bis*. Il ragionamento svolto prendeva le mosse proprio dalla sentenza Tchmil delle Sezioni unite, osservando come la stessa fosse stata assunta antecedentemente alla vigenza delle nuove disposizioni introdotte con la l. n. 48 del 2008: in essa non si era affrontato il tema della estrazione di copia del dato informatico e della perdurante perdita di un diritto su una cosa che potrebbe conseguirne. La Sezione Sesta quindi, attraverso l'analisi della legge citata, forniva una nozione di dato quale oggetto del sequestro, riconoscendogli la qualifica di "cosa", rilevante *ex se* a prescindere dal supporto e rilevava poi che la sostanziale identità tra originale e copia, si frappone quale grave ostacolo nel ritenere che vi sia stata una effettiva restituzione di quanto in sequestro quando l'interessato sia stato comunque privato del valore in sé del dato, rappresentato dalla sua esclusiva disponibilità. In base a ciò, si sostiene che «la restituzione degli atti originali, cartacei o digitali, previa estrazione di copie» determina «il venir meno del sequestro solo laddove non permanga una perdita valutabile per il titolare del bene originale. Perdita che deve essere considerata sul piano di un diritto sostanziale e non deve invece essere considerata quanto al semplice interesse a che la data cosa non faccia parte del materiale probatorio».

Il problema quindi ineriva due fronti, sia l'ammissibilità della impugnazione sia il concreto trattamento del dato informatico in sede cautelare.

3. La soluzione della Corte

Il ragionamento della Corte sullo specifico quesito posto alla sua attenzione risulta di estrema fluidità logico-giuridica, pur a fronte della elevata tecnicità della materia *de quo*.

La Corte applica sul punto i principi fondanti il sistema e fonda la sua soluzione su di essi, nella costante ricerca dell'equilibrio fra interessi contrapposti. Infatti, il suo ragionamento evidenzia come, in rapporto al sequestro, possa sorgere la necessità di gestire altri interessi con esso contrapposti, come il diritto alla riservatezza collegato all'art. 8 CEDU ovvero alla segretezza delle fonti giornalistiche. In tali casi è necessario individuare il giusto temperamento di interessi dato che, a priori e senza alcuna valutazione, non è possibile individuare una soluzione: i valori in gioco sono tutti primari. Conseguentemente, anche alla luce della giurisprudenza sovranazionale che si esprime in questa direzione, il principio di tipicità delle impugnazioni può essere parzialmente ridimensionato, alla luce della necessità improrogabile di contraddittorio posta dalla sussistenza di suddetti interessi. Ovviamente questi ultimi devono avere determinate caratteristiche, dovendo essere oggettivamente sussistenti, provati e in una situazione di effettivo ed insanabile contrasto.

In tali casi, quindi, il principio legato alla forma delle impugnazioni cede di fronte alla sostanziale necessità di individuazione di una sede atta al contraddittorio: tale necessità impone di ritenere, in negativo, per lo meno non inammissibile l'impugnazione di riesame in un caso come quello prospettato, ove nessuna previsione normativa individua uno specifico rimedio.

La formulazione del quesito e della risposta suggeriscono che non si tratta di ammissibilità incondizionata ma solo che non possa considerarsi *tout court* inammissibile detto rimedio nel caso proposto: ciò significa che dovrà essere condotta una preliminare delibazione di ammissibilità e di eventuale fondatezza basata su specifici elementi, come le intrinseche caratteristiche dell'interesse che entri in conflitto con il permanere della copia informatica nelle mani del PM.

Nella questione proposta, l'interesse idoneo a rendere ammissibile il giudizio di impugnazione dovrà trovare legittimazione a monte in un diritto fondamentale del tipo di quelli citati e dovrà fondarsi sul trasferimento di valore intrinseco dal documento sequestrato alla copia non restituita: in altri termini, la copia estrapolata da documenti poi restituiti al legittimo detentore deve essere essa stessa portatrice di un autonomo interesse, derivante dal procedimento di copiatura medesimo, costituito dalla perdita di originalità ed esclusività del contenuto copiato.

Si può ragionevolmente sostenere quindi che la perdita della esclusività sul contenuto costituisca *ex se* la lesione all'interesse di rango primario sotteso e renda non astrattamente inammissibile il riesame: esso quindi avrà scaturigine proprio dall'effettuazione della copia.

Al rischio di contraddittorietà del rimedio che può paventarsi, è la stessa Corte a replicare in via implicita, sostenendo che il vaglio di “non astratta inammissibilità”, condotto sulla base del conflitto fra opposti interessi, è l'unico in grado di rimediare ad un'aporia del sistema e salvaguardare i canoni di cui all'art. 111 Cost. Solo tramite questo ragionamento “alle alte sfere” la Corte riesce a interpretare in maniera lata il principio di tipicità delle impugnazioni, o in un certo senso a ridimensionarlo, inserendovi a pieno titolo il riesame di materiale “clonato”. Laddove l'interesse potenzialmente in conflitto con il diritto alla esclusività della copia non sussista, non vi saranno estremi per la proponibilità di impugnazione.

Di certo da tale impostazione le garanzie difensive risultano rafforzate, se non altro nella individuata sede ove far valere in contraddittorio una lesione ad un diritto fondamentale: l'indagato o il terzo dovrà però dimostrare che ha subito una lesione a causa della perdita di esclusività della copia.

4. L'altro tema: il dato informatico

Dal punto di vista dei contenuti, la Suprema Corte affronta poi diffusamente la questione della natura del dato informatico in quanto tale, avuto riguardo all'orientamento venutosi a creare successivamente all'arresto nel 2008 a Sezioni unite e all'assenza di una analitica disamina dello stato dell'arte nei precedenti di legittimità.

Invero, il punto è di non poco momento: nella sentenza Tchmill più volte citata quale precedente specifico, i giudici avevano aderito ad una tesi che non era stata in grado di carpire le peculiarità del dato informatico nell'ambito dei provvedimenti cautelari, rimanendo ancorati ad una concezione di esso imprescindibilmente legata ad un supporto tangibile. Ne derivava una stortura del sistema cautelare dovuta solo alla natura del bene sequestrato, con riflessi anche in punto di disparità di trattamento: il pubblico ministero sequestrante materiale informatico aveva la possibilità, tramite l'estrazione di copia integrale e subitanea restituzione, di evitare il controllo giurisdizionale del suo operato, essendo inammissibile qualsiasi impugnazione. Così si era pronunciata la sentenza Tchmill del 2008 laddove fosse precedentemente avvenuta la restituzione della cosa, senza tuttavia affrontare adeguatamente la questione di cosa debba intendersi quale dato informatico. Fondandosi sul principio di tassatività delle impugnazioni e sulla affermata autonomia del provvedimento acquisitivo rispetto alla *res* in sequestro e restituita, i giudici di legittimità creava-

no per il PM uno spazio di manovra notevole, avulso dalla possibilità di controllo e di confronto in contraddittorio.

Il ragionamento del 2008 non era stato in grado di cogliere l'ontologica peculiarità del dato informatico costituita dalla sua innata duplicabilità, modificabilità ed estraneità a qualsiasi supporto, caratteristiche che lo rendono sotto molti aspetti interscambiabile rispetto al suo stesso originale.

Con la sentenza a Sezioni unite *de quo*, i giudici di legittimità colgono l'occasione per risistemare la materia dopo una fondamentale innovazione normativa del 2008 e l'orientamento di legittimità che ne è scaturito. In quell'anno, il panorama delle fonti internazionale in materia di *cybercrime* si è arricchito con la Convenzione di Budapest e l'innovazione è stata recepita in Italia con la Legge n. 48 di ratifica: invero, il legislatore nazionale non si è limitato a recepire quanto deciso in sede di legittimità ma ha altresì ampliato e acuito il complesso sistema afflittivo, nell'ottica di un generale inasprimento dell'azione penale in materia.

L'orientamento di legittimità venutosi a creare successivamente all'approdo internazionale ha ammesso la sequestrabilità del dato informatico in quanto tale, finalmente avvalorando un'impostazione più moderna e in grado di cogliere le caratteristiche intrinseche del dato informatico. Esso evidenziava due profili di peculiarità in ordine ai sequestri in materia informatica: da un lato, il singolo *personal computer* non doveva essere equiparato ad un documento o ad un gruppo di documenti, bensì ad un intero archivio o deposito, correlativamente escludendo la possibilità di un indiscriminato sequestro del computer o di interi sistemi informatici (salvo i casi di provata proporzionalità o comunque di pertinenzialità della misura); dall'altro, richiamando poi la sentenza Tchmill del 2008, si osservava la mancata trattazione della questione inerente l'estrazione di copia del dato informatico e della perdurante perdita di un diritto di disponibilità su una cosa.

Di qui l'esplicita affermazione della possibilità di sequestro del dato informatico in quanto tale, riconoscendogli la qualifica di “cosa”, in conformità al disposto di varie fattispecie (artt. 635-*bis* e 635-*ter* c.p. e artt. 248, 254, 254-*bis*, 256 e 260 c.p.p.).

Fondamentale era il rilievo secondo cui in ambito informatico la copia, di regola, non è solo un documento avente le fattezze dell'originale ma si colloca su un piano di identità strutturale: originale e copia informatica sono di regola sostanzialmente identici, come emerge, nel linguaggio comune, dalla denominazione della copia quale “clone”. Ciò non consentirebbe di ritenere che vi sia stata una effettiva restituzione laddove l'organo inquirente estragga copia dalla *res* sequestrata restituendo poi l'originale al legittimo proprietario.

Il ragionamento della Corte nella sentenza in commento condivide molti passaggi dell'orientamento che

ha dato origine al contrasto e quindi all'intervento nomofilattico.

La scelta è di premettere una definizione di sistema informatico, al fine di circoscrivere gli argomenti trattati, che viene correttamente identificato in due distinte dimensioni, quella *software* e quella *hardware*. La prima costituisce la dimensione di elezione del dato informatico in quanto tale e si connota quale insieme di istruzioni e procedure necessarie per il funzionamento stesso della macchina o per farle eseguire determinate attività; la seconda si compone del complesso degli elementi fisici non modificabili, che permettono il funzionamento materiale del computer (quali circuiti, unità di memoria, parti meccaniche etc.) cui si aggiungono periferiche di ingresso (ad. es. tastiera, scanner etc.) e di uscita (es. monitor, stampante) ed altri componenti comuni (modem, masterizzatore, cavi).

Ciò consente poi al giudice di distinguere il contenitore dal contenuto ed esplicitare la sequestrabilità del dato informatico in quanto tale, dato che ha una "consistenza compiutamente individuabile": esso, pur essendo privo di materialità (nel senso che il supporto fisico è la sua fonte e non la sua manifestazione fisica), può essere misurabile e modificabile. Guardando alla definizione di "documento informatico" contenuta nel codice dell'amministrazione digitale, secondo cui lo stesso è la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, si rileva come il sequestro possa avere ad oggetto anche il singolo dato informatico e non necessariamente l'intero sistema informatico sul quale esso è collocato. Si tratta di entità diverse e autonomamente sussistenti, prive di qualsivoglia nesso di interdipendenza: peraltro, il sequestro probatorio dell'intero sistema informatico deve ritenersi equivalente al sequestro di un intero archivio, con la conseguenza di un notevole onere probatorio in capo all'organo inquirente che lo richiede.

Risultano dunque possibili oggetto di sequestro sia il contenitore, inteso quale dimensione *hardware* del sistema e dato informatico inteso nella sua qualità estrinseca, sia il contenuto, da intendersi come dato informatico nell'accezione di dato informativo avulso dal suo supporto e dal contenente. In questi termini, le componenti del sistema informatico diventano tutte autonomamente sequestrabili, senza che il provvedimento ablatorio su una possa o debba esplicare effetti sull'altra: ogni dimensione è dotata di proprie caratteristiche che devono fondare lo specifico provvedimento cautelare, nel rispetto delle garanzie fondamentali.

Da questo assunto, finalmente capace di cogliere la significatività del dato informatico a prescindere dalla sua materiale tangibilità, la Corte sottolinea poi che la peculiarità del dato informatico non è tale da renderlo incompatibile con l'intera disciplina vigente in materia di prove nel senso di una alterità strutturale: la peculiarità del dato informatico risulta data esclusi-

vamente dalle sue caratteristiche fisiche e dalle modalità di conservazione e di elaborazione, mentre non si rilevano rilevanti differenze rispetto al contenuto, di regola rappresentativo di fatti, atti, idee, sequenze di espressioni. Ne deriva un unico onere per il legislatore, che deve preoccuparsi, come in effetti ha fatto con la legge n. 48/2008, di predisporre norme procedurali *ad hoc* relative alla estrapolazione e conservazione dei dati informatici nell'ambito del giudizio: le restanti norme, in particolare con riguardo alle finalità difensive, possono trovare applicazione anche in rapporto alla *res* informatica, pur con qualche adattamento.

Alla luce di ciò, il collegio passa a formulare una tripartizione di ciò che in ambito informatico può essere probatoriamente sequestrato.

Secondo le diverse necessità, il sequestro probatorio può colpire a) il singolo apparato, da intendersi quale sistema informatico o telematico, b) il dato informatico in sé (rispetto alle caratteristiche "estrinseche"), c) il medesimo dato inteso quale recipiente di informazioni.

Nella prima ipotesi, l'interesse ad ottenere la restituzione va riferito all'intero apparato o sistema in quanto tale, perché specifico oggetto del sequestro: ne deriva che il rispetto dei requisiti fondanti la misura cautelare deve coprire l'intero oggetto e che non può essere estratta copia integrale se non nel rispetto del principio di proporzionalità della misura.

Nella seconda ipotesi, il materiale di apprensione riguarda il dato come cristallizzato nel "clone" attraverso le procedure predisposte dalla legge proprio al fine di garantire la corretta conservazione dei dati e l'immodificabilità della copia rispetto all'originale. Si tratta quindi di una copia identica all'originale e quindi da esso indistinguibile, anche con riguardo alle caratteristiche del contenuto informativo che esprime. In tal caso, la restituzione riguarda il dato in sé e non anche il supporto che originariamente lo conteneva o quello sul quale è stato trasferito il clone.

Infine, nella terza ipotesi, si ravvisa il caso in cui un atto o un documento si presenti sotto forma di dato informatico, non rilevando, in tali casi, il dato *ex se*, bensì quanto in esso viene rappresentato, nel senso di contenuto informativo dotato di proprie caratteristiche.

Alla luce di tale tripartizione, la Suprema Corte sostiene come non possa trovare applicazione, per i primi due casi, l'art. 258 c.p.p.: nel primo caso, infatti, la copia dell'intero archivio si traduce di regola in una violazione del canone di proporzionalità rispetto alla misura del sequestro probatorio, con conseguente illegittimità anche di una copia integrale; nel secondo, ciò che rileva del dato non è il contenuto ma il contenente, quindi la norma sul procedimento di copia non può applicarsi, non rilevando il contenuto, dato che la "copia immagine" nasce proprio al fine di preservarne l'integrità e l'identità alle condizioni in cui si trovava al

momento del prelievo e consentire successive verifiche o accertamenti tecnici.

L'art. 258 c.p.p. viene in considerazione quando il dato informatico può essere ricondotto entro la nozione di atto o documento, nel senso che ciò che risulta dirimente è proprio il contenuto.

In quest'ultimo caso, concludono le Sezioni Unite, la restituzione non può considerarsi risolutiva, poiché la mera reintegrazione nella disponibilità della cosa non elimina il pregiudizio, conseguente al mantenimento del vincolo sugli specifici contenuti rispetto al contenitore, incidente su diritti certamente meritevoli di tutela, quali quello alla riservatezza o al segreto. In altri termini, rilevando il contenuto e non il contenente, la previa estrazione di copia trattenuta dalla pubblica accusa, lungi dal garantire le facoltà difensive, si traduce in una elusione delle regole poste a fondamento della fase cautelare, rispetto alle quali si crea una zona franca con riguardo alle informazioni desumibili da detta tipologia di dati informatici. Rispetto al contenuto informativo, infatti, rileva la sua disponibilità e non la sua dimensione di copia-immagine dell'originale: la concreta disponibilità del contenuto informativo vede nel tipo di informazione un elemento fondamentale, che può dare ingresso nella valutazione a diritti fondamentali, quali la riservatezza, soprattutto nella vita familiare.

Ne deriva una imprescindibile necessità di contraddittorio, proprio per la valutazione di dette posizioni soggettive in potenziale conflitto: di qui la astratta ammissibilità del ricorso in Cassazione, da valutarsi secondo i criteri poc'anzi esposti.

Tutela del terzo proprietario del bene sequestrato o confiscato

abstract

The united Sections have been called upon to interpret an interpretive contrast in order to decide whether the third party has remained alienated to the cognition judgment, the owner of the asset who has been disposed of, confiscating, confiscated, is legitimate to promote execution incident before irrevocability of the judgment itself.

On this point, the Supreme Courts have first stated that it is not permissible, on a slope of the cognition process, to establish the procedure of the execution incident, since the third party would create a “parallel procedure” to enforce its right owned in the context of a pending proceeding from which it is essentially foreign.

In other words, in the case of simultaneous inclination before the same judge of the cognition process and the execution incident, we could even speak of “converging” (rather than parallel) processes, since the object is the same, but the parts are different. In these cases, it is unclear how the judge who still has to issue a judgment, or has already issued a judgment that does not have the character of definitive nature, can behave as if that judgment had come to existence and became irrevocable.

The execution incident allows for verification of the enforcement order resulting from the sentence of conviction, is placed under the c.d. “punitive relationship” and is activated for the execution and execution of the irrevocable sentence. The interpreter can not create ex nihilo abnormal procedural pathways by operating a “transplant” from one procedure to another and thereby distorting the function and nature of the judge of cognition.

Consequently, the United Sections affirm that the third party may resort to the execution incident procedure only after the judgment on confiscation has been brought.

keywords

Third alien to the offense – Protection – Well confiscated.

abstract

Le Sezioni unite, sono state chiamate a dirimere un contrasto interpretativo per decidere, se il terzo, rimasto estraneo al giudizio di cognizione, proprietario del bene del quale sia stata disposta, con sentenza, la confisca, sia legittimato a promuovere incidente di esecuzione prima della irrevocabilità della sentenza stessa. Sul punto, i Supremi giudici hanno preliminarmente precisato che non è consentito, in pendenza del processo di cognizione, instaurare la procedura dell'incidente di esecuzione, in quanto il terzo verrebbe a creare un “procedimento parallelo” per far valere il suo diritto di proprietà nell'ambito di un procedimento pendente da cui è sostanzialmente estraneo.

In altri termini, in caso di contemporanea pendenza innanzi al medesimo giudice del processo di cognizione e dell'incidente di esecuzione, si potrebbe parlare addirittura di procedimenti “convergenti” (più che paralleli), in quanto l'oggetto è il medesimo, ma le parti sono differenti. In questi casi, non si comprende, in qual modo, il Giudice che deve ancora emettere una sentenza, ovvero ha già emesso una sentenza che non ha il carattere della definitività, possa comportarsi come se tale sentenza fosse venuta ad esistenza e fosse divenuta irrevocabile.

L'incidente di esecuzione consente infatti la verifica del titolo esecutivo derivante dalla sentenza di condanna, si colloca nell'ambito del c.d. “rapporto punitivo” e viene attivato per l'esecuzione e nell'esecuzione della sentenza irrevocabile. L'interprete non può creare ex nihilo percorsi procedurali anomali, operando un “trapianto” da una procedura all'altra e snaturando, in tal modo, la funzione e la natura del giudice della cognizione. Ne consegue, pertanto, che le Sezioni unite affermano con decisione che il terzo estraneo potrà ricorrere alla procedura dell'incidente di esecuzione solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca.

parole chiave

Terzo estraneo al reato – Tutela – Bene confiscato

Tutela del terzo – Beni confiscati – Legittimazione a promuovere incidente di esecuzione prima della irrevocabilità della sentenza – Insussistenza

Il terzo, prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame. Qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame.

* * *

Le Sezioni unite sono chiamate a risolvere la questione di diritto compendiata nel seguente quesito « Se il terzo, rimasto estraneo al giudizio di cognizione, proprietario del bene del quale sia stata disposta, con sentenza, la confisca, sia legittimato a promuovere incidente di esecuzione prima della irrevocabilità della sentenza stessa. »

Per un primo filone giurisprudenziale, il terzo, titolare del bene oggetto del sequestro preventivo e, quindi, di confisca, in quanto estraneo al procedimento penale, può esperire, nel corso delle fasi del giudizio di cognizione, solo il rimedio previsto dall'art. 263 c.p.p.. Egli può presentare richiesta di restituzione al giudice precedente, che deciderà con ordinanza de plano, avverso la quale l'interessato può proporre opposizione.¹ La procedura da applicare viene individuata, per via analogica, in quella di cui all'art. 676 c.p.p., comma 1 e art. 667 c.p.p., comma 4. Il giudice che ha la disponibilità del procedimento, quindi, decide «senza formalità, con ordinanza comunicata al Pubblico Ministero e notificata all'interessato». In altre parole, chiariscono i Supremi Giudici, poiché il terzo, in quanto estraneo al procedimento, non può far valere nel procedimento stesso le sue ragioni tramite uno strumento impugnatorio, a lui non rimarrebbero che due possibilità: la prima è quella di chiedere la restituzione del bene al giudice della cognizione, il quale decide applicando analogicamente la procedura dell'incidente di esecuzione, decidendo de plano, ed avverso tale decisione deve essere proposta opposizione e poi eventualmente ricorso per cassazione; oppure, può attendere che diventi definitiva la sentenza e poi proporre incidente di esecuzione, che, deciso in camera di consiglio, dà adito a presentare prima l'opposizione e poi il ricorso per cassazione.² In linea con tale giurisprudenza si collocano altre pronunzie, relative, non più ai beni del terzo oggetto di confisca, ma ai beni del medesimo soggetto (*l'extraneus*) caduti in sequestro. La *ratio*, tuttavia, appare la stessa e medesimo il "rimedio" individuato, vale a dire l'incidente di esecuzione.³ Nel solco dell'indiriz-

zo tracciato si pone anche questa ultima pronunzia⁴ la quale dopo avere affermato che non è appellabile ex art. 322-*bis* l'ordinanza (adottata dal giudice nella fase del giudizio) con la quale sia stata rigettata la richiesta di restituzione delle cose sottoposte a sequestro probatorio avanzata da terzi interessati, ha sostenuto in motivazione il principio per cui i terzi interessati, che non sono parte del giudizio, sono unicamente legittimati a promuovere l'incidente di esecuzione per far valere le proprie ragioni, in linea con il disposto previsto dall'art. 263 c.p.p., comma 6.

Un secondo filone nega al terzo la possibilità di esperire incidente di esecuzione nel corso dello svolgimento della fase di cognizione. Secondo tale orientamento, si ritiene infatti impossibile che sia disposta la restituzione delle cose delle quali è stata ordinata la confisca con sentenza di condanna, così come si ritiene improponibile incidente di esecuzione in presenza di una sentenza non definitiva.

Tali pronunzie aderiscono a tale indirizzo ermeneutico, in quanto affermano che lo stesso si fonderebbe sulla corretta interpretazione dell'art. 323 c.p.p. comma 3.

Pertanto, se è concesso al terzo, nel corso delle indagini preliminari e durante il giudizio di primo grado, far valere davanti alla autorità giudiziaria che procede i propri diritti sui beni sequestrati, ciò deve ritenersi non possibile quando sia intervenuta una sentenza non irrevocabile (e dunque sino al suo passaggio in giudicato), in quanto non si può chiedere al giudice della cognizione, durante la pendenza del processo e al di fuori dello stesso, di porre in discussione la statuizione di confisca; ciò, per altro, nell'interesse di un soggetto terzo, vale a dire un soggetto "che non è parte del rapporto processuale instaurato dinanzi al giudice della cognizione".⁵

Viene conseguentemente precisato che, solo dopo

¹ In tal senso si sono espresse le seguenti sentenze: sez. 2, sentenza 14 marzo 2001, n. 14146, Chiazzese, Rv. 218641; sez. 1, sentenza 12 giugno 1991, n. 2684, Pini, Rv. 187679.

² Così si sono espresse sez. 1, sentenza 30 ottobre 2008, n. 42107, Banca Antonveneta S.p.A., Rv. 241844.

³ Così la risalente sentenza della sez. 5, del 30 settembre 1993, n. 3018, Bartke, Rv. 195238, ha affermato che contro i provvedimenti concernenti la restituzione delle cose sequestrate emessi de plano dal giudice a norma dell'art. 263 c.p.p. non è previsto

alcun mezzo di impugnazione, e deve pertanto ritenersi consentito l'incidente di esecuzione nelle forme di cui all'art. 666 c.p.p., la cui proponibilità non può ritenersi preclusa dalla pendenza del giudizio di appello. A quest'ultima hanno fatto seguito: sez. 1, sentenza 11 giugno 2008, n. 26329, Potito, Rv. 240872.

⁴ Si veda sez. 5, sentenza 09 febbraio 2015, n. 32262, Rocchi, Rv. 264253.

⁵ In tali termini si esprimono sez. 2, sentenza 10 gennaio 2015, n. 5380, Purificato, Rv. 262283; sez. 6, sentenza 26 maggio 2009, n. 40388, Armenise, Rv. 245473; sez. 1, sentenza 09 gennaio 2013, n. 8533, Zhugri, Rv. 254927; sez. 1, sentenza 11 novembre 2011, n. 47312, Lazzoi, Rv. 251415.

la definitività della sentenza, *l'extraneus* potrà far valere – con incidente di esecuzione – i propri diritti sulla cosa confiscata.

Invero, anche se, con l'incidente di esecuzione, non possono certamente essere rivalutate le ragioni della confisca, il terzo può tuttavia dimostrare *ex post* la sussistenza del diritto di proprietà sul bene e l'assenza di ogni addebito di negligenza.

Tale linea interpretativa risulta poi essere stata seguita da ulteriori recenti pronunzie⁶ che hanno osservato come sarebbe irrazionale ritenere possibile, in presenza di una procedura che ha disposto la confisca sulla base della evidenza delle prove raccolte, ammettere che un terzo possa determinare la contestuale instaurazione di un separato iter procedimentale, che ben potrebbe dare luogo ad un paralizzante contrasto di decisioni. Le sentenze in esame hanno, per altro, esplicitamente sostenuto che tali forme di tutela sono coerenti tanto con i principi costituzionali, quanto con la normativa della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, poiché esse incidono soltanto sui modi e sui tempi nei quali il terzo può far valere i propri diritti sui beni, non certo sulla possibilità di tutela dei diritti stessi.

Ma proprio della costituzionalità di tale assetto normativo ha recentemente dubitato la Prima Sezione della Corte di Cassazione che, con ordinanza n. 8317 del 14/1/2016, Gatto, ha rimesso al vaglio della Corte Costituzionale la disciplina positiva che non riconosce al terzo estraneo al giudizio di cognizione il diritto di impugnare la sentenza che ha disposto la confisca di suoi beni. In particolare, la Prima Sezione ha sollevato la questione – con riferimento agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117 Cost. – delle norme di cui all'art. 573 c.p.p. e art. 579 c.p.p., comma 3 e art. 593 c.p.p., nella parte in cui dette disposizioni non consentono al terzo estraneo al reato, ma titolare formale del diritto di proprietà sui beni confiscati, di proporre appello avverso la sentenza di primo grado, relativamente al capo contenente la statuizione di confisca.

In realtà, lo strumento dell'incidente di esecuzione, cui può far ricorso il terzo interessato solo dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, è, per sua natura, inidoneo a garantire la pienezza dei diritti difensivi. Tale strumento, infatti, realizza solo in via mediata il diritto alla prova del soggetto istante e «risulta indubbiamente influenzato dalla esistenza della decisione irrevocabile posta a monte, nel cui ambito ben potrebbero essere state presi in esame – senza contraddittorio effettivo con il titolare formale del diritto di proprietà – profili di ricostruzione probatoria e valutativi rilevanti anche in rapporto alla condizione giu-

ridica del terzo, in potenziale violazione del principio del contraddittorio inteso come garanzia partecipativa del soggetto interessato ai momenti di elaborazione probatoria». Da qui la sospetta violazione dell'art. 111 Cost. Pur in pendenza della pendente questione di costituzionalità e impregiudicato il futuro orientamento del Giudice delle leggi, ritengono le Sezioni unite che non sia consentito, in pendenza del processo di cognizione, instaurare la procedura dell'incidente di esecuzione, chiedendone la soluzione allo stesso giudice.

Proprio la citata sentenza D'Alonzo⁷ osservano i Supremi Giudici, acutamente critica l'espressione "procedimento parallelo" seguita con riferimento alla procedura dell'incidente di esecuzione che il terzo potrebbe promuovere per far valere il suo diritto di proprietà nell'ambito di un procedimento pendente che non lo vede tra le parti.

La differenza tra procedimento incidentale e procedimento parallelo è evidente.

Il primo si inserisce, per così dire, parenteticamente, nel procedimento principale, tendendo a definire una questione certamente interna a questo, ma la cui soluzione non incide sul merito della decisione da assumere (esempio classico è costituito dalle procedure cautelari, personali o reali, che hanno ad oggetto lo *status libertatis*, ovvero la disponibilità – ma non la proprietà – della *res*); il secondo ha il medesimo oggetto del procedimento "altro" ("principale" o meglio "originario") e tende all'accertamento della medesima questione di diritto. Nel caso in esame (contemporanea pendenza innanzi al medesimo giudice del processo di cognizione e dell'incidente di esecuzione), dovrebbe addirittura parlarsi di procedimenti "convergenti" (più che paralleli), in quanto l'oggetto è il medesimo, ma le parti sono differenti: l'imputato, nel primo, il terzo estraneo al processo di cognizione, nel secondo. E inoltre: la procedura che ha per protagonista il terzo è fondata (anche) su elementi diversi e non vede la partecipazione degli imputati del processo "principale" o "originario".

In questi casi, il possibile esito di decisioni contrastanti (assunte, oltretutto, dal medesimo giudice) è innegabile. E già tale considerazione dovrebbe orientare l'interprete che voglia essere rispettoso della coerenza del "sistema".

Va poi rimarcato che la competenza del giudice dell'esecuzione è competenza funzionale, non esercitabile, quindi, né da chi non è chiamato a svolgere quello specifico ruolo né può essere affidata al giudice della cognizione una procedura che il legislatore prevede per l'incidente di esecuzione; In altri termini, non si vede in qual modo chi ancora deve emettere una sentenza, ovvero ha già emesso una sentenza che non ha il carattere della definitività, possa comportarsi come se

⁶ Sez. 2, sentenza 21 luglio 2016, n. 49371, Martinetti, Rv. 268354 e da sez. 2, sentenza 18 gennaio 2017, n. 5806 preceduta dalla non massimata sez. 2, sentenza 26 maggio 2016, n. 29904, Buongiorno, e seguita da sez. 2, sentenza 18 gennaio 2017, n. 5806, D'Alonzo, Rv. 269239.

⁷ Sez. 2, sentenza 18 gennaio 2017, n. 5806, D'Alonzo, Rv. 269239.

tale sentenza fosse venuta ad esistenza e fosse divenuta irrevocabile. L'incidente di esecuzione consente infatti la verifica del titolo esecutivo derivante dalla sentenza di condanna, si colloca nell'ambito del c.d. "rapporto punitivo" e viene attivato per l'esecuzione e nell'esecuzione della sentenza irrevocabile.

Aggiungono inoltre, le Sezioni unite che tali osservazioni sono maggiormente significative ove si tenga conto del fatto che, nel caso in cui la fattispecie addebitata all'imputato sia quella di cui al d.l. n. 306 del 1992, art. 12-*quinquies*, come nel caso sottoposto al vaglio del Supremo Consesso, l'oggetto dell'accertamento del processo di cognizione è costituito proprio dalla individuazione del (reale) proprietario di un bene che, in ipotesi di accusa, è solo fittiziamente intestato ad altri. Orbene se, come frequentemente accade, l'intestatario del bene è, a sua volta, imputato/indagato nel medesimo procedimento a titolo di concorso con quello che si sospetta sia il reale dominus del bene, nessuna questione si pone; ma, se ciò non è, non si vede come chi è stato "fuori" dal processo possa incidere sul *thema probandum* dello stesso. L'interprete non può creare *ex nihilo* percorsi procedurali anomali, operando un "trapianto" da una procedura all'altra e snaturando, in tal modo, la funzione e la natura del giudice della cognizione, come sottolineato efficacemente dalle pronunzie Purificato e D'Alonzo.⁸

Va pertanto affermato con nettezza che il terzo estraneo potrà ricorrere alla procedura dell'incidente di esecuzione solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca.

L'assunto tuttavia non priva di tutela il terzo durante il corso del procedimento di cognizione laddove possa, durante la fase delle indagini preliminari e fino alla pronunzia della sentenza di primo grado, adire il tribunale del riesame ai sensi dell'art. 322-*bis* c.p.p.

In capo al terzo intestatario del bene sussiste senza dubbio l'interesse a contestare il permanere delle condizioni giustificative del vincolo (egli è estraneo al processo, non certo al sequestro); e ciò anche quando sia intervenuta sentenza – non irrevocabile – che abbia disposto la confisca. E dunque: il fatto che sia intervenuta tale sentenza (evidentemente di condanna), con la quale, fra l'altro, è stata ordinata la confisca della res di proprietà del terzo, non muta il titolo giuridico in base al quale il bene è - in quel momento - sottoposto a vincolo reale; titolo costituito (fino al passaggio in giudicato della sentenza) dal sequestro preventivo. D'altronde, come è stato osservato (cfr. sentenza Pignatelli, cit.), l'appello al tribunale del riesame è rimedio di carattere generale per tutti i provvedimenti diversi da quello impositivo della misura.

Ebbene, proprio la natura incidentale del procedimento cautelare consente di ritenere che esso possa

essere attivato anche nel corso del processo di cognizione. Esso infatti non interferisce con il *thema decidendum* rimesso al giudice, ma incide su di un aspetto che prima si è definito parentetico e che dunque non vincola e non rischia di contraddire la decisione definitiva del giudicante. Prova di ciò è costituita, per quel che riguarda le misure cautelari personali, dal fatto che, anche in pendenza del processo di cognizione e persino dopo la pronunzia di sentenza di condanna (in primo o in secondo grado), l'imputato può chiedere che sia rivalutata la sua posizione in relazione allo *status libertatis* e, in caso di risposta (ritenuta) insoddisfacente, può ricorrere al tribunale del riesame. Non si vede per qual motivo ciò non debba essere possibile per quel che riguarda le misure cautelari reali, con specifico riferimento al sequestro preventivo, posto che, da un lato, ricorre la *eadem ratio*; dall'altro non può essere di ostacolo il dettato dell'art. 586 c.p.p., commi 1 e 2, proprio per la natura incidentale della "questione cautelare"; dall'altro ancora, la peculiarità della posizione del terzo intestatario (estraneo rispetto al procedimento di cognizione, ma destinatario del provvedimento di sequestro), ne implica il coinvolgimento (cfr. art. 263 c.p.p., comma 2) e ne legittima la figura di istante-appellante-ricorrente.

Con riferimento al quesito sottoposto alle Sezioni unite, va pertanto enunciato il seguente principio di diritto:

«Il terzo, prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame. Qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame».

⁸ Sez. 2, n. 5380 del 2015, Purificato; Sez. 2, n. 5806 del 2017, D'Alonzo

Rassegna di legittimità

Impugnazioni - Appello - Dibattimento - Rinnovazione dell'istruzione - In genere - Giudizio di appello - Riforma della sentenza di condanna - Prova dichiarativa posta a base della decisione di primo grado - Diversa valutazione di attendibilità - Rinnovazione dibattimentale - Necessità.

In tema di rinnovazione del dibattimento, l'obbligo per il giudice di appello, sancito dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, di escutere nuovamente i dichiaranti qualora valuti diversamente la loro attendibilità rispetto a quanto ritenuto in primo grado, costituisce espressione di un generale principio di immediatezza e trova pertanto applicazione, non solo nel caso di riforma della decisione assolutoria, ma anche quando il giudice d'appello intenda riformare la sentenza di condanna emessa in primo grado.

Cass., sez. 2, sentenza 20 giugno 2017, n. 41571
(dep. 12 settembre 2017) Rv. 270750
Pres.e Rel. Fiandanese, Imp. P.G.,P.C. in proc. Marchetta e altro, P.M. Mazzotta (Diff.)
(Annulla con rinvio, App. Messina, 11 marzo 2016)

Misure cautelari - Personali - Impugnazioni - Riesame - Richiesta - Presentazione - Misure cautelari reali - Procedimento di riesame - Presentazione negli uffici di cui all'art. 582 c.p.p. - Possibilità.

In tema di misure cautelari reali, la richiesta di riesame può essere presentata, oltre che nella cancelleria del tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, anche nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano le parti private o i difensori, diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento, ovvero davanti a un agente consolare all'estero.

Cass., sez. un., sentenza 22 giugno 2017, n. 47374
(dep. 13 ottobre 2017) Rv. 270828
Pres. Canzio, Rel. Bonito, Imp. Ferraro, P.M. Cuomo (Conf.)
(Annulla senza rinvio, Trib. lib. Potenza, 06 settembre 2016)

Prove - Mezzi di prova - Perizia - Perito - Attività e operazioni - Accertamento tecnico disposto dal giudice senza conferimento di formale incarico peritale - Omesso avviso al difensore della data di inizio delle operazioni - Nullità generale a regime intermedio ex art. 178, lett. c) c.p.p. - Deducibilità nei termini di cui all'art. 182, comma 2, c.p.p. - Sussistenza.

In caso di accertamento tecnico disposto dal giudice in udienza, senza formale conferimento di incarico peritale, e di omessa comunicazione del giorno del luogo e dell'ora di inizio delle operazioni peritali, è configurabile una nullità a regime intermedio, ex art. 178, lett. c), c.p.p., che, ove non eccepita dalla parte che vi assiste immediatamente dopo il compimento dell'atto, è sanata ai sensi dell'art. 182, comma 2, c.p.p.

Cass., sez. 4, sentenza 9 maggio 2017, n. 42279
(dep. 15 settembre 2017) Rv. 270820
Pres. Bianchi, Rel. Di Salvo, Imp. Giammei, P.M. Casella (Parz. Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Ancona, 03 febbraio 2014)

Reati contro l'amministrazione della giustizia - Delitti contro l'attività giudiziaria - Calunnia - In genere - Denuncia di fatti veri astrattamente riconducibili ad una figura criminosa - Omessa consapevole indicazione della esistenza di una causa di giustificazione - Reato - Configurabilità - Fattispecie.

Integra il delitto di calunnia la denuncia con la quale si rappresentino circostanze vere, astrattamente riconducibili ad una determinata figura criminosa, celando, però, consapevolmente la concorrenza di una causa di giustificazione. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto configurabile il reato nella denuncia contenente un'accusa di lesioni personali verso un soggetto che, invece, il denunciante sapeva aver agito per legittima difesa).

Cass., sez. 3, sentenza 19 luglio 2017, n. 41562
 (dep. 12 settembre 2017) Rv. 270822
 Pres. Amoresano, Rel. Di Nicola, Imp. D M., P.M. Fimiani (Conf.)
 (Rigetta, Trib. lib. Roma, 11 aprile 2017)

Reati contro la Pubblica Amministrazione - Delitti - Dei Pubblici Ufficiali - Concussione - In genere - Elemento oggettivo - Costrizione - Minaccia implicita - Sufficienza - Fattispecie.

In tema di concussione, la costrizione, che integra l'elemento soggettivo del reato, può consistere anche in una minaccia implicita, purchè idonea a coartare la volontà del privato, da valutare caso per caso in relazione alle modalità ampiamente discrezionali di esercizio del potere da parte del pubblico ufficiale. (Nel caso di specie la S.C. ha ravvisato sussistere la minaccia costrittiva da parte di un pubblico ministero il quale, in cambio dell'attività sollecitata, aveva prospettato alla vittima un suo intervento volto ad escludere l'arresto della nipote ed il sequestro di un locale del fratello della persona offesa, implicitamente prospettando l'intervento opposto in caso non avesse ottenuto quanto richiesto).

Cass., sez. fer., sentenza 8 agosto 2017, n. 47602
 (dep. 17 ottobre 2017) Rv. 270817
 Pres. Carcano, Rel. Petruzzellis, Imp. Di Giorgio e altri, P.M. Tampieri (Parz. Diff.)
 (Annulla senza rinvio, App. Potenza, 30 settembre 2016)

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Delitti contro l'industria e il commercio - Frode nell'esercizio del commercio - Disponibilità di alimenti surgelati in esercizio di ristorazione - Omessa indicazione di tale qualità - Tentativo di frode in commercio - Sussistenza.

Integra il reato tentato di frode in commercio la mera disponibilità, nella cucina di un ristorante, di alimenti surgelati, seppure non indicati come tali nel menu, indipendentemente dall'inizio di una concreta contrattazione con il singolo avventore.

Cass., sez. 3, sentenza 17 maggio 2017, n. 39082
 (dep. 10 agosto 2017) Rv. 270836
 Pres. Amoresano, Rel. Di Nicola, Imp. P.G. in proc. Acampora, P.M. Salzano (Parz. Diff.)
 (Annulla senza rinvio, Trib. Udine, 27 settembre 2016)

Recidiva - Contestazione - Contestazione della recidiva senza specificazioni - Ravvisabilità di recidiva di tipo diverso da quella semplice - Possibilità per il giudice - Esclusione - Prescrizione - Conseguenze.

La contestazione della recidiva "ex art. 99 c.p.", senza ulteriori specificazioni, esclude che il giudice possa ritenere la sussistenza di una tipologia di recidiva diversa e più grave di quella semplice, cosicchè la stessa non incide sul termine di prescrizione.

Cass., sez. 3, sentenza 1 dicembre 2016, n. 43795
 (dep. 22 settembre 2017) Rv. 270843
 Pres. Grillo, Rel. Soggi, Imp. Bencandato, P.M. Fimiani (Conf.)
 (Annulla senza rinvio, App. Brescia, 14 maggio 2014)

Sentenza - Redazione - Termine - Sospensione nel periodo feriale - Applicabilità - Esclusione.

I termini per la redazione ed il deposito della sentenza non sono soggetti a sospensione nel periodo feriale, anche dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 132 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, che all'art. 16 ha ridotto il periodo annuale di ferie dei magistrati da 45 a 30 giorni. (In motivazione la S.C. Corte ha precisato che i termini processuali soggetti alla sospensione feriale, di cui all'art. 1 della legge n. 742 del 1969, sono soltanto quelli che incombono alle parti per il compimento di atti del procedimento).

Cass., sez. un., sentenza 20 luglio 2017, n. 42361
 (dep. 18 settembre 2017) Rv. 270586
 Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, Imp. D'Arcangelo, P.M. Aniello (Conf.)
 (Rigetta, App. L'Aquila, 14 luglio 2016)

Sicurezza pubblica - Misure di prevenzione - Singole misure - Sorveglianza speciale - Inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" - Reato di cui all'art. 75, comma secondo, d.lgs. n. 159 del 2011 - Configurabilità - Esclusione - Rilevanza ai fini dell'eventuale aggravamento della misura - Sussistenza.

L'inosservanza delle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non configura il reato previsto dall'art. 75, comma

secondo, d.lgs. n. 159 del 2011, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni c.d. specifiche; la predetta inosservanza può, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione.

Cass., sez. un., sentenza 27 aprile 2017, n. 40076
(dep. 05 settembre 2017) Rv. 270496
Pres. Canzio, Rel. Fidelbo, Imp. Paternò, P.M. Rossi (Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Caltanissetta, 20 ottobre 2016)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Singole misure – Sorveglianza speciale – Inosservanza della prescrizione di "rispettare le leggi" – Reato di cui all'articolo 75, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 – Configurabilità – Esclusione – Fattispecie.

L'inosservanza della prescrizione generica di "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, non configura il reato previsto dall'art. 75, comma secondo, d.lgs. n. 159 del 2011, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni c.d. specifiche. (Nella specie la Corte ha escluso che la condotta dell'imputato che si sia posto alla guida di un'autovettura con patente revocata configuri il reato di cui all'articolo 75, comma secondo, d.lgs. 159 del 2011).

Cass., sez. 4, sentenza 9 maggio 2017, n. 42332
(dep. 15 settembre 2017) Rv. 270764
Pres. Bianchi, Rel. Di Salvo, Imp. Scialpi, P.M. Balsamo (Diff.)
(Annulla senza rinvio, Trib. Taranto, 02 novembre 2016)

Stupefacenti – In genere – Fatto di lieve entità – Plurime condotte di spaccio reiterate nel tempo – Esclusione – Legittimità – Condizioni – Fattispecie.

In materia di sostanze stupefacenti, è legittimo il mancato riconoscimento della lieve entità, di cui all'art. 73, comma quinto, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, qualora la singola cessione di una quantità modica, o non accertata, di droga costituisca manifestazione effettiva di una più ampia e comprovata capacità dell'autore di diffondere in modo non episodico, né occasionale, sostanza stupefacente. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto adeguatamente motivata l'esclusione da parte del giudice di merito dell'ipotesi attenuata in ragione della capacità degli imputati di diffondere in modo non episodico né occasionale sostanza stupefacente in un determinato contesto territoriale, desunta dall'intensità del traffico, dalla pluralità di sostanze vendute, dalla sussistenza di una rudimentale organizzazione dell'attività criminale, da una numerosa e fedele clientela acquisita, e da incassi ingenti).

Cass., sez. 4, sentenza 26 aprile 2017, n. 40720
(dep. 07 settembre 2017) Rv. 270767
Pres. Ciampi, Rel. Ranaldi, Imp. Nafia e altri, P.M. Cardia (Conf.)
(Rigetta, App. Milano, 27 ottobre 2016)

a cura di
Giuseppina Marotta
Avvocato

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Causa di non punibilità: udienza preliminare – Applicabilità

(art. 131-bis c.p.)

La causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., può essere riconosciuta anche con sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 c.p.p.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, sentenza 27 ottobre 2017, n. 790

Corruzione: struttura del reato – Modifiche legislative

(art. 318 c.p. – l. 68/2015)

La L. 68/2015 ha comportato un incremento del massimo edittale dell'art. 318 c.p. da cinque a sei anni di reclusione, mentre è rimasta intatta la struttura della fattispecie. Quest'ultima era stata riformulata con la novella della l. 190/2012, per evitare di lasciare sformite di copertura punitiva le pattuizioni aventi ad oggetto la compravendita non già solo di uno specifico atto, ma l'asservimento stabile del pubblico ufficiale al privato, al quale quest'ultimo corrisponda, più o meno continuativamente, denaro o altre prebende quale contropartita rispetto all'esercizio – passato, presente o futuro – dei suoi poteri in favore del privato. Medesimo. In quest'ottica dal testo era stato espunto qualsiasi riferimento alla retribuzione che presupponeva un rapporto sinallagmatico proporzionato tra corruttore e corrotto, il quale rimandava all'idea che alla dazione o alla promessa dell'utilità dovesse necessariamente corrispondere una controprestazione specifica rappresentata dall'atto, determinato o determinabile, da parte del soggetto qualificato. La strumentalizzazione della funzione propria del nuovo art. 318 c.p., vale a ricomprendere l'impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ad essa ricollegabili dietro pagamento di un prezzo ed ovviamente, trattandosi di concetto più ampio, ricomprensivo, come pure la giurisprudenza ha stabilito, il singolo atto prima indicato all'art. 318 c.p., ante l. 190/12.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, sentenza 21 giugno 2017, n. 320

Evasione: ritrovamento nelle immediate vicinanze – Condotta penalmente rilevante

(art. 385 c.p.)

La violazione della decisione giudiziaria che aveva imposto la custodia cautelare nella casa di abitazione, si realizza con qualsiasi condotta di sottrazione a tali disposizioni. Secondo costante giurisprudenza per abitazione, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 385 c. 3 c.p., deve intendersi solo il luogo dove la persona conduce vita domestica. Sussiste pertanto il reato qualora il soggetto sottoposto agli arresti domiciliari sia sorpreso fuori della stessa, anche se nelle immediate adiacenze.

Corte Appello Napoli, sez. II, sentenza 10 ottobre 2017, n. 890

Pres. Est. Mirra

Evasione: elemento soggettivo – Dolo generico

(art. 385 c.p.)

In presenza di consapevole e volontaria violazione delle disposizioni inerenti la misura coercitiva, del tutto influenti sono le motivazioni o i personali convincimenti che accompagnino la condotta, essendo sufficiente alla configurazione del reato il dolo generico così come del tutto influente è la temporaneità dell'allontanamento, in quanto il concetto di evasione, come pure ha avuto modo di sottolineare la S.C. non postula necessariamente la fuga o l'allontanamento definitivo, essendo sufficiente ad integrarlo anche la sottrazione temporanea del detenuto allo stato di costrizione personale cui è sottoposto.

Corte Appello Napoli, sez. II, sentenza 10 ottobre 2017, n. 8903

Pres. Est. Mirra

Maltrattamento animali: presupposti del reato e condotta rilevante

(art. 727 c.p.)

In tema di reato di detenzione di animali in condizioni incompatibili con la loro natura, previsto dall'art. 727 c. 2 c.p., la grave sofferenza dell'animale, elemento oggettivo della fattispecie, deve essere desunta dalle modalità della custodia che devono essere incompatibili con la condizione propria dell'animale in situazione di benessere.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 4 ottobre 2017, n. 2299

Ricettazione: detenzione di supporti magnetici (cd e dvd) riprodotti - Ricezione da altri - Presunzione - Esclusione

(art. 648 c.p.)

In ragione della ampia disponibilità a prezzi contenuti di masterizzatori ed altri apparecchi che consentono di duplicare facilmente il contenuto di supporti informatici non può più privilegiarsi in qualsiasi caso la presunzione che il venditore di supporti abusivamente duplicati li abbia acquistati o ricevuti da un terzo piuttosto che la presunzione che abbia provveduto personalmente alla duplicazione. È infatti necessario che emergano in dibattimento elementi che inducano concretamente a ritenere che vi sia stata una ricezione da terzi dei supporti e della consapevolezza della provenienza illecita degli stessi da parte dell'agente.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 13 ottobre 2017, n. 2480

Ricettazione - Riciclaggio: elementi costitutivi e differenze

(art. 648 - 648-bis c.p.)

L'art. 648 c. sanziona la condotta di chi, consapevole della loro provenienza illecita, acquista, riceve od occulta denaro o cose provento di un qualsiasi altro delitto, ovvero svolga attività di intermediazione nel farli acquistare, ricevere od occultare. Il reato di cui all'art. 648-bis c.p., sanziona, invece, la condotta di chi sostituisce o trasferisce denaro o altre utilità prevenienti da delitto non colposo ovvero, con formulazione di chiusura, pone in essere condotte atte ad ostacolare l'identificazione della loro provenienza illecita. In entrambi i casi il presupposto del reato è la provenienza illecita del bene ovvero sia la provenienza da delitto al quale il soggetto non abbia partecipato. Tuttavia, il reato di riciclaggio presenta un elemento specializzante costituito dalla condotta ulteriore volta ad ostacolare l'identificazione del mezzo. Nella previsione normativa il delitto si configura, in particolare, come fattispecie a consumazione anticipata per il quale è sufficiente il compimento anche di una sola azione diretta ad ostacolare l'identificazione del bene di illecita provenienza.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444

Riciclaggio: delitto presupposto - Accertamento - Irrilevanza

(art. 648-bis c.p.)

Quanto alla esistenza del delitto anteriore - presupposto della condotta ricettativa come quella di riciclaggio - è consolidato orientamento secondo il quale detto reato non debba necessariamente essere accertato in ogni suo estremo fattuale, attraverso la precisa individuazione delle modalità di consumazione di esso, ben potendo desumersi dalla natura e dalle caratteristiche del bene. Ai fini della configurazione del delitto di riciclaggio (così come di ricettazione) non rileva il mancato accertamento giudiziale dei delitti presupposti, ma è sufficiente che, anche in base a prove logiche, il fatto dell'illecita provenienza delle cose acquistate o ricevute risulti positivamente al giudice chiamato a conoscere della ricettazione.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444

Truffa - Corruzione: elementi costitutivi - Differenze

(art. 640 c.p. - 318 c.p.)

I reati di corruzione e di truffa aggravata, infatti, hanno come elemento comune l'abuso della pubblica funzione da parte del p.u. al fine di conseguire un indebito profitto, ma si differenziano perché nella corruzione chi dà o promette non è vittima di un errore ed agisce su di un piano di parità con il p.u. nel concludere un negozio giuridico illecito in danno della p.a.; invece nella truffa il p.u. si procura un ingiusto profitto carpendo la buona fede del soggetto passivo mediante artifici o raggiri, ai quali la qualità di p.u. conferisce maggiore efficacia. Ne deriva che allorché la consegna del denaro conseguenza non già ad una spontanea decisione del privato bensì alla messa in opera di artifici e raggiri il p.u. commette truffa e non corruzione.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, sentenza 21 giugno 2017, n. 320

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: disoccupazione - Irrilevanza

(art. 570 c.p.)

La responsabilità dell'imputato per il reato di inosservanza degli obblighi familiari, non può essere esclusa sulla

base della mera documentazione formale dello stato di disoccupazione ovvero della ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

Corte Appello Napoli, sez. VI, sentenza 6 ottobre 2017, n. 8794

Pres. Giannelli, Est. Perrotti

CODICE PROCEDURA PENALE

Nullità: ipotesi tassative – Principio generale – Incidente probatorio – Termini ordinatorio – Nullità udienza – Esclusione

(art. 177 - 173 - 398 c.p.p.)

È principio generale del nostro ordinamento processuale il carattere tassativo delle ipotesi di nullità. L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge, art. 177 c.p.p.; del pari i termini si considerano stabiliti a pena di decadenza soltanto nei casi previsti dalla legge, art. 173 c. 1 c.p.p.. Appare evidente che l'articolo 398 prevede un termine non espressamente perentorio e dunque di natura meramente ordinatoria e soprattutto non statuisce per la sua violazione alcuna sanzione, meno che meno la nullità dell'udienza.

Tribunale Napoli, G.U.P. Colucci, ordinanza del 15 settembre 2017

Informazione di garanzia: incidente probatorio – Esclusione

(art. 369 c.p.p.)

Va rimarcato che l'art. 369 c.p.p. prescrive l'informazione di garanzia rispetto ad un atto del P.M. al quale il Difensore ha diritto di assistere; significativamente la norma si inserisce nel Titolo V, dedicato all'attività del PM, la norma in alcun modo può trovare accoglimento in sede di incidente probatorio che è sub procedimento ed avviene in contraddittorio pieno, innanzi ad un Giudice e che soprattutto è introdotto da atti, il cui contenuto è descritto in modo analitico dal Legislatore al fine di garantire il diritto di difesa dell'indagato.

Tribunale Napoli, G.U.P. Colucci, ordinanza 15 settembre 2017

Sequestro preventivo: confisca – natura sanzionatoria – Prescrizione del reato – Esclusione

(art. 321 c.p.p. - 12-sexies l. 356/92)

In tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-sexies l. 356/92, l'esistenza del fumus commissi delicti viene meno quando il reato presupposto risulti estinto per prescrizione; infatti la causa di estinzione esclude la possibilità di configurare astrattamente l'esistenza delle condizioni di legittimità del vincolo cautelare reale. Negli stessi termini si è espressa la S.C. statuendo che la norma di cui all'art. 12-sexies l. 356/92 richiede, quale presupposto indefettibile per l'applicazione della misura ablatoria, la sentenza di condanna o di applicazione di pena ex art. 444 c.p.p., e non già il mero proscioglimento per estinzione del reato, coerentemente alla natura sanzionatoria della confisca ed in conformità all'interpretazione dell'art. 7 CEDU elaborata dalla Corte di Strasburgo.

Corte Appello Napoli, sez. IV, sentenza 31 marzo 2017, n. 3465

Pres. Maddalena, Est. Gaito

Udienza preliminare: funzione – Limiti

(art. 418 e ss. c.p.p.)

In merito alla funzione dell'udienza preliminare, si evidenzia l'avvenuto superamento della concezione – fondata sul requisito della evidenza probatoria prescritto dal testo originario dell'art. 425 c.p.p. 1988 per la sentenza di non luogo a procedere – che costruiva l'udienza preliminare come "filtro a maglie larghe idoneo a fermare solo le imputazioni azzardate, che si prestavano cioè alla immediata ed evidente formulazione di una prognosi del tutto sfavorevole per la prospettazione dell'accusa all'esito del dibattimento. Preso atto dell'evoluzione normativa avviata dall'eliminazione dell'aggettivo evidente dal testo dell'art. 425 c.p.p. con la l. 105/93, la Corte Costituzionale ha infatti chiarito con la sentenza n. 335/2002, che l'udienza preliminare in conseguenza degli interventi innovativi derivanti dalla l. 479/99 ha perduto la sua iniziale connotazione quale momento processuale; che il nuovo art. 425 c.p.p. chiama il Giudice ad una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente in una prognosi sulla sua possibilità di successo nella fase dibattimentale. Anche le sez.un. Con la Sentenza 26/6/2002, hanno osservato come "per effetto delle innovazioni introdotte con la l. 479/99 l'udienza preliminare ha subito una profonda trasformazione sul piano sia della qualità e quantità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al giudice, cui ha corrisposto quanto alla determinazione conclusiva, un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di sommarietà che prima della riforma erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo stato degli atti. Dunque, è indubbiamente rafforzata l'idea dell'udienza preliminare quale giudizio affine a quello di

merito, dovendo il Giudice valutare l'alternativa tra rinvio a giudizio e non luogo a procedere alla luce del criterio di utilità o superfluità del dibattimento.

Tribunale Nola, G.u.p. Sepe, sentenza 27 ottobre 2017, n. 790

LEGGI PENALI SPECIALI

Confisca per equivalente: assenza di sequestro – Ammissibilità

(art. 12-bis d.lgs. 74/00)

In tema di confisca per equivalente, il Giudice della cognizione, nei limiti del valore corrispondente al profitto del reato, può emettere il provvedimento ablatorio anche in mancanza di un precedente provvedimento cautelare di sequestro e senza necessità della individuazione specifica dei beni da apprendere, potendo il destinatario ricorrere al giudice dell'esecuzione qualora dovesse ritenersi pregiudicato dai criteri adottati dal P.M. nella selezione dei cespiti da confisca.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 12 settembre 2017, n. 1930

Evasione imposte: dichiarazione fraudolenta – Caratteristiche del reato – Sussistenza

(art. 2 d.lgs. 74/00)

Il reato di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti sussiste sia nell'ipotesi di inesistenza oggettiva dell'operazione (ovvero quando la stessa non sia mai stata posta in essere nella realtà), sia in quella di inesistenza relativa (ovvero quando l'operazione vi è stata, ma per quantitativi inferiori a quelli indicati in fattura), sia infine, nel caso di sovrapproduzione "qualitativa" (ovvero quando la fattura attesti la cessione di beni e/o servizi aventi un prezzo maggiore di quelli forniti), in quanto oggetto della repressione penale è ogni tipo di divergenza tra la realtà commerciale e la sua espressione documentale.

Tribunale Nola, G.M. Minauro, sentenza 21 settembre 2017, n. 2094

Rifiuti: abbandono – Discarica – Differenze e presupposti

(d.lgs. 152/06)

In tema di rifiuti, l'abbandono differisce dalla discarica abusiva per la mera occasionalità desumibile dall'unicità ed estemporaneità della condotta – che si risolve nel semplice collocamento dei rifiuti in un determinato luogo, in assenza di attività prodromiche o successive – e dalla quantità dei rifiuti abbandonati, mentre nella discarica abusiva la condotta o è abituale – come nel caso di plurimi conferimenti – o, pur quando consiste in un'unica azione, è comunque strutturata, ancorché grossolanamente, al fine della definitiva collocazione dei rifiuti in loco.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 4 ottobre 2017, n. 2299

Stupefacenti: coltivazione di piante stupefacenti – Applicabilità della causa di non punibilità ex art. 131-bis c.p. – Previsione – Criteri e presupposti

(art. 73 d.P.R. 309/90 - 131-bis c.p.)

La causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. come ha precisato la giurisprudenza di legittimità, è compatibile con il delitto di coltivazione di piante idonee a produrre sostanze stupefacenti e psicotrope quando, sulla base di una valutazione in concreto dei quantitativi ricavabili, delle caratteristiche della coltivazione, della destinazione del prodotto, e più in generale sulla base dei principi soggettivi ed oggettivi ricavabili dall'art. 133 c.p., la condotta illecita sia sussumibile nel paradigma della particolare tenuità dell'offesa.

Tribunale Nola, G.u.p. Sepe, sentenza 27 ottobre 2017, n. 790

Diritto amministrativo

LA TUTELA CAUTELARE NEL NUOVO RITO SU AMMISSIONI ED ESCLUSIONI NELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI	1024
di Flavia Margherita D'Amico	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	1030
a cura di Almerina Bove	



La tutela cautelare nel nuovo rito su ammissioni ed esclusioni nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici

abstract

The new Code of Public Procurements (Legislative Decree No 18 of 18 April 2016), implementing the criteria laid down by the law of delegation, governs a special discipline on litigation concerning exclusions and admissions in public procedures for relying on contracts of supplies and services. The main innovations are essentially contained in art. 204, which in turn deeply modifies art. 120 of the administrative process code, and in art. 211, which rules the dual pre-litigation procedure before ANAC, also ruling on the likelihood of an appeal against the opinions and "recommendations" of the Authority, "pursuant to art. 120 of the C.P.A." From the formal point of view, the legislator introduces, in the body of art. 120, numerous particle modifications, disseminated in the old and new paragraphs of the article, relating to the subsequent stages of the trial, but only for these very particular disputes. Innovations make their effects under twofold: on the one hand, it clearly states the principle of the immediate challenge of admission and exclusion from the tendering procedure (in the only objective perimeter referred to in paragraph 2-bis); with the consequence that the omission of the application within the prescribed period prevents the party concerned from relying on the unlawfulness of the subsequent acts of the procedure. On the other hand, a set of further accelerating rules is established, as compared with the rules of Art. 120 (essentially contained in sections 2-bis, 6-bis and 9, in conjunction with Article 29 of Code 50/2016). This paper analyzes one of the criticalities that the new system has immediately highlighted in the case law: the way in which it is articulated within the precautionary system.

keywords

Admissions and exclusions – Accelerated procedures – Precautionary protection.

abstract

Il nuovo codice dei contratti pubblici (d. lgs 18 aprile 2016 n. 50), dando attuazione ai criteri enunciati dalla legge delega, provvede a disciplinare una speciale disciplina in materia di contenzioso sulle esclusioni e sulle ammissioni nelle procedure pubbliche di affidamento dei contratti di lavori, forniture e servizi pubblici.

Le principali innovazioni sono contenute essenzialmente nell'art. 204, che, a sua volta, modifica profonda-

mente l'art. 120 del codice del processo amministrativo, e nell'art. 211, dello stesso, che regola il duplice procedimento precontenzioso davanti all'ANAC, statuendo, altresì, la proponibilità del ricorso avverso i pareri e le "raccomandazioni" dell'Autorità, "ai sensi dell'art. 120 del C.P.A."

Sotto il profilo formale, il legislatore introduce, nel corpo dell'art. 120, numerose modifiche particellari, disseminate nei vecchi e nuovi commi dell'articolo, attinenti alle successive fasi del giudizio, ma riguardanti solo queste particolarissime controversie.

Le innovazioni esplicano i loro effetti sotto un duplice profilo: da un lato si afferma con chiarezza il principio dell'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione e di esclusione dalla procedura di gara (nel solo perimetro oggettivo indicato dal comma 2-bis); con la conseguenza che l'omessa proposizione del ricorso nel termine prescritto impedisce all'interessato di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura. Dall'altro si stabilisce un insieme di regole ulteriormente acceleratorie, rispetto alle norme originarie dell'art. 120 (contenute essenzialmente nei commi 2-bis, 6-bis e 9, in raccordo con l'art. 29 del codice n. 50/2016).

Il presente scritto analizza una delle criticità che il nuovo sistema ha immediatamente evidenziato in giurisprudenza: la modalità di articolazione al suo interno della tutela cautelare.

parole chiave

Ammissioni ed esclusioni – Rito accelerato – Tutela cautelare.

sommario

1. L'iter processuale. – **2.** La tutela cautelare. – **3.** Conclusioni: confronto tra rito superaccelerato e rito elettorale.

Premessa

Con l'art. 204 del d. lgs. n. 50/2016 si introduce, all'interno del microsistema processuale relativo al contenzioso sui contratti pubblici, il nuovo rito accelerato per le impugnative nei confronti degli atti di esclusione e ammissione alle procedure di affidamento attraverso l'aggiunta di alcuni commi all'art. 120 del codice del processo amministrativo e precisamente i commi 2-bis e 6-bis.

Si è dato in questo modo attuazione al criterio direttivo enunciato all'art. 1, co. 1, lett. bbb) della Legge delega (L. 28 gennaio 2016, n. 11), nella quale è fissato l'obiettivo generale della "revisione e razionalizzazione del rito abbreviato" in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici; prevedendo un procedimento speciale in Camera di Consiglio finalizzato ad ottenere «l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione».

Al fine dell'attuazione di tali obiettivi nel nuovo rito sull'ammissione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici fa perno sull'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara in ragione del possesso (o mancato possesso) dei requisiti di ordine generale e di qualificazione per essa previsti («requisiti soggettivi, economico – finanziari e tecnico – professionali»), e sulla correlativa preclusione della facoltà di proporre le medesime censure attraverso l'impugnazione in via derivata rispetto ai successivi atti della procedura.

Questa preclusione è estesa espressamente al ricorso incidentale (co. 2-*bis* dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo, come modificato dalla disposizione in esame).

È il novellato co. 6-*bis* dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo che disciplina l'iter processuale del nuovo rito "superspeciale".

1. L'iter processuale

Con le riforme si è dato vita di fatto a due sottosistemi processuali aventi un chiaro impatto sull'utilità della tutela cautelare, incidendo in modo rilevante sulla disciplina regolata dagli artt. 119 e 120 c.p.a.

La portata delle innovazioni predisposte sotto il profilo cautelare è meglio valutata se analizzata alla luce della più recente giurisprudenza.

Notevole importanza presenta la sentenza del Tar Campania Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852 (in www.giustizia-amministrativa.it, come tutte le decisioni qui citate se non diversamente indicato), che ha fatto luce sulla norma ribadendo contestualmente la regola della non impugnabilità degli atti del procedimento di gara privi di immediata lesività, ivi compresa la proposta di aggiudicazione, introdotta ex novo, superando ancora una volta l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che rendeva facoltativa l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria¹.

¹ Ulteriori spunti in Tar Puglia – Bari, sez. I, sent. 7 dicembre 2016 n. 1367. La pronuncia si segnala per tre importanti precisazioni: da un lato, si chiarisce che in mancanza di espressa previsione contraria, anche il nuovo rito superaccelerato appalti, previsto dai commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016, soggiace alla sospensione feriale dei termini processuali, secondo la regola generale di cui all'art. 54 c.p.a., pacificamente applicabile anche ai giudizi di cui al titolo V, libro IV c.p.a. dall'altro, si precisa che nel caso in cui la

Il primo dei due sottosistemi è relativo ai casi di impugnazione dell'aggiudicazione.

Questo non è frutto di una modifica dell'art. 120 c.p.a. ma è desumibile dal confronto con l'art. 32 dello stesso Codice dei contratti, riferito alle fasi di affidamento, in forza del quale si crea un effetto sospensivo automatico per l'esito della definitività dell'aggiudicazione che impedisce la stipulazione del contratto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (art. 32, comma 9).

Il secondo scaturisce dall'introduzione di un rito c.d. superaccelerato ad opera dell'art. 204, comma 1, lett. b) e d), del Codice, in materia di impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni.

Per quanto afferente al primo dei due sottosistemi è da ricordare che la norma che designa il rito speciale in materia di procedure di evidenza pubblica è frutto di una successiva stratificazione normativa che è poi trasfusa nel d.lgs 104/2010 (codice del processo amministrativo)² che in buona sostanza, nella materia

successione temporale degli atti della procedura di gara pubblica lo consenta, è ammissibile l'impugnativa congiunta ovvero con motivi aggiunti dei provvedimenti di ammissione e di aggiudicazione definitiva. Infine, si soggiunge che nel caso in cui siano state proposte domande di annullamento di provvedimenti afferenti la medesima materia "appalti", assoggettate a riti caratterizzati da un diverso grado di specialità (commi 6 e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a.) si applica all'intera controversia il rito disciplinato dal comma 6 e non quello "superaccelerato" introdotto dal successivo comma 6-*bis*; infatti, l'applicazione del nuovo rito introdotto dal comma 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a. va necessariamente e tassativamente limitata, avendo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 3 giugno 2011, n. 10) chiarito che le norme che introducono riti speciali costituiscono eccezioni tassative, sono di stretta interpretazione e insuscettibili di interpretazione analogica. Importanti indicazioni anche in Tar Molise – Campobasso, sent. 28 aprile 2017, n. 150, secondo cui l'ammissione di un concorrente alla gara pubblica, conseguente alla mancata tempestiva impugnazione della stessa ex art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., aggiunto dall'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, presuppone che ci sia stata pubblicità degli atti di gara, occorrendo che ai candidati sia garantito il pieno e tempestivo accesso alla documentazione, non potendo altrimenti decorrere il termine per impugnare un atto (l'ammissione di un altro operatore) privo di diretta lesività e la cui piena conoscenza postula la verifica dei presupposti su cui si fonda. In appello va segnalato Consiglio di Stato – Sezione V – Sentenza 31 marzo 2017, n. 1501 che esprime il principio di diritto per cui in tema di ammissioni ed esclusioni dalle gare d'appalto il rito super-speciale introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che l'appello avverso le sentenze deve essere proposto nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione. Per "comunicazione della sentenza" si intende la comunicazione alle parti costituite, da parte del segretario, dell'avvenuto deposito della stessa, che costituisce adempimento che prelude poi all'acquisizione del testo integrale, subito agevolmente reperibile nel sito istituzionale della Giustizia amministrativa, senza necessità di un accesso fisico presso la segreteria del giudice amministrativo.

² Un primo rito sui generis e accelerato, per gli appalti di soli

appalti, già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 consentiva l'applicazione, sia pure con delle peculiarità, del sistema di tutela cautelare tradizionale (*ante causam*, monocratica d'urgenza e collegiale).

Per ciò che attiene all'effetto, attesi i tempi strettissimi in cui si giunge ad una decisione di merito, in termini di impatto sul regime della tutela cautelare, le nuove disposizioni sembrano prevedere in sintesi che nel caso in cui venga impugnata l'aggiudicazione, la tutela cautelare *ante causam* e quella con decreto presidenziale perdano, in linea di massima, utilità, considerato che il ricorrente perde interesse alla pronuncia cautelare immediata³.

lavori, era già previsto dall'art. 19 del d.l. 67 del 1997, successivamente generalizzato per particolari materie tra cui gli appalti (anche di servizi e forniture) dall'art. 23-*bis* della l. 1034 del 1971 (legge T.a.r.), a sua volta confluito nell'art. 245 del previgente Codice dei contratti (d.lgs. 163 del 2006), che è stato a sua volta modificato dal d.lgs. 53 del 2010, di recepimento della cd. direttiva ricorsi (2007/66/CE).

Nel passaggio al Codice del Processo Amministrativo (art. 120), il rito appalti ha mantenuto le sue peculiarità, caratterizzandosi per alcune differenze rispetto al cd. rito abbreviato comune a determinate materie di cui al precedente art. 119, consistenti essenzialmente nella rapidità di svolgimento del giudizio. Tale caratteristica è stata ulteriormente esaltata dall'introduzione, nel 2014, di regole atte a garantire la certezza circa i tempi di definizione della controversia, posto che l'art. 40, co. 1, lettera a), legge n. 114 del 2014 ha sostituito il co. 6 dell'art. 120 (che, nella sua versione originaria, stabiliva la fissazione d'ufficio dell'udienza di merito per la decisione del ricorso "con assoluta priorità") imponendo la trattazione e decisione del ricorso a una udienza pubblica "da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente".

³ Cons. di Stato, parere n. 855 reso il 1° aprile 2016; Tar Campania sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852. Sotto il profilo della tutela cautelare, non si rilevano differenze sostanziali tra i giudizi di cui agli artt. 119-120 c.p.a. e quelli ordinari, fatta salva la diversa velocità di decisione dei giudizi, già disposta con il 119 e ribadita, con tempistiche diverse, dall'art. 120, nonché la circostanza che in base al comma 4 dell'art. 119 le misure cautelari vengono disposte "in caso di estrema gravità ed urgenza". Infatti, fatta eccezione per la tutela *ante causam* (in origine applicabile ai soli giudizi in materia di appalti) e per una breve fase anteriore all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, dal 27 aprile al 15 settembre 2010 (vigente l'art. 245, co. 2-*duodecies*, d.lgs. 163 del 2006), che aveva introdotto anche per la fase cautelare un rito tanto accelerato quanto problematico, con il Codice del processo si arriva ad una armonizzazione quasi assoluta, in quanto:

- il co. 4 dell'art. 119 stabilisce espressamente che «al procedimento cautelare si applicano le disposizioni del Titolo II del Libro II, in quanto non derogate dal presente articolo» e che «con l'ordinanza di cui al co. 3, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari»;

- il co. 3 dell'art. 120 rinvia all'art. 119 e quindi al co. 3 della citata disposizione, per cui, salva l'immediata definibilità con sentenza in forma semplificata, la tutela cautelare può essere concessa se sussistono, a un primo sommario esame, profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e di estrema gravità;

- il co. 6 dell'art. 120, nell'imporre, come sopra illustrato, la fissazione dell'udienza pubblica entro 45 giorni, ribadisce la definibilità "immediata" del giudizio nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti;

Tali istituti riacquistano interesse nei casi di mancata applicazione del suddetto termine dilatorio nelle ipotesi previste dalla legge (art. 32, co. 10, lett. a) e b), del Codice dei contratti)⁴; oltre che nei casi in cui, anche qualora venga impugnata l'aggiudicazione, il ricorrente voglia utilizzare una tutela d'urgenza in quanto si siano verificate circostanze eccezionali di mancato rispetto del termine dilatorio.

Le fattispecie afferiscono essenzialmente all'avvio dell'esecuzione d'urgenza dell'appalto, da parte della stazione appaltante, pur in assenza di un contratto formalmente stipulato (art. 32, commi 13 e 8, del Codice) e alla violazione dell'effetto sospensivo automatico da parte della stazione appaltante, qualora dette forme di tutela vengano richieste direttamente dalla stazione appaltante resistente o dai controinteressati, per ottenere il prima possibile una pronuncia cautelare ad essi favorevole, che renda possibile la stipulazione del contratto.

2. La tutela cautelare

Nel procedimento è certamente utilizzabile la tutela cautelare d'urgenza – tanto *ante causam* che monocratica – quando il ricorrente impugni atti diversi dall'aggiudicazione e quindi non si produca alcun effetto sospensivo automatico (impugnazione di bandi, sanzioni, iscrizioni nel casellario informatico, ecc.), né è in discussione l'applicabilità della tutela cautelare collegiale tradizionale, stante il disposto del co. 11 dell'art. 32 del Codice che stabilisce testualmente: «se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione

- il co. 8 e il co. 8-*bis* dell'art. 120 consentono al giudice, rispettivamente, di decidere interinalmente sulla domanda cautelare, anche in caso di istruttoria, incidenti processuali o rinvio per termini a difesa e di subordinare eventualmente la misura cautelare alla concessione di una cauzione, quest'ultima anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili e comunque sempre in funzione di garantire, per un limitato periodo di tempo, gli effetti della cautela. In sostanza, anche nella materia appalti, la normativa processuale vigente prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 consentiva l'applicazione, sia pure con le peculiarità sopra illustrate, del sistema di tutela cautelare tradizionale (*ante causam*, monocratica d'urgenza e collegiale) previsto dal Codice del processo.

⁴ Art. 32. (Fasi delle procedure di affidamento) «..... 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 co. 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'art. 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, co. 2, lett. a) e b).»

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'art. 15, co. 4, c.p.a. 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».

Alla tutela cautelare si applica invero la disciplina ordinaria di cui all'art. 55 c.p.a., ma con termini dimezzati, ai sensi dell'art. 119, co. 2, c.p.a.

In particolare il Tar Campania sez. IV, nella già citata sentenza n. 5852 del 20 dicembre 2016 chiarisce che si applicano altresì:

- il co. 8-*bis* dell'art. 120 c.p.a. (introdotto dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114);
- l'art. 9, commi 1 e 2-*sexies*, d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (nel testo risultante dalla l. di conversione 11 novembre 2014, n. 164), che ha imposto limiti alla tutela cautelare nella materia degli appalti pubblici quando vi è pericolo per l'incolumità pubblica;
- il co. 8-*ter* dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204, co. 1, lett. f), del Codice, in forza del quale «nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli artt. 121, co. 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione», introducendo in tal modo un nuovo onere motivazionale dei provvedimenti cautelari specifico per la materia degli appalti.

Per quanto attiene al secondo dei c.d. sottosistemi processuali, va ricordato che il nuovo co. 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a. stabilisce che «nei casi previsti al co. 2-*bis*, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica».

Esso introduce una scansione precisa del procedimento giurisdizionale in quanto:

- a) il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza;
- b) le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista del-

- la camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima;
- c) la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale;
- d) l'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa;
- e) la nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Inoltre, non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo e l'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione. La camera di consiglio deve essere tenuta entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, senza che ciò possa essere mutato dalla richiesta di udienza pubblica formulata da una delle parti e potendo essere ammesso il differimento solo nei casi ivi previsti (istruttoria, termini a difesa, etc.).

Il giudizio è quindi concepito come rito "immediato" che può diventare abbreviato solo in pochi casi limitati⁵.

Fatte queste precisazioni, l'ambito dell'indagine va spostato sul rapporto tra nuovo rito superaccelerato e tutela cautelare, nella specie, monocratica, ex art. 56 c.p.a., perché è questa, infatti, che comporta per la sua concessione, obbligatoriamente, ex art. 56, co. 4 c.p.a., la fissazione della camera di consiglio di cui all'art. 55, co. 5, c.p.a. e, quindi, il prosieguo del giudizio secondo le forme "tradizionali" del giudizio cautelare ordinario che risultano materialmente incompatibili con il nuovo rito immediato superaccelerato.

Già il Consiglio di Stato nel parere n. 855 reso il 1° aprile 2016 ha affermato la non esclusione nel rito accelerato della tutela cautelare basandosi sullo schema di decreto legislativo recante "nuovo Codice dei contratti", ritenendola superflua⁶; senza però considerare la possibilità di richiesta al presidente di interventi di estrema urgenza o, addirittura, ante causa.

Alla luce della necessità della tutela cautelare -uno dei cardini su cui permea il sistema giurisdizionale amministrativo- perché possa dirsi assicurata l'effettività della giurisdizione, si può argomentare, che tale tutela sia comunque possibile e necessaria anche in presenza di un rito accelerato, come quello previsto dai nuovi commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a.

⁵ Tar Napoli, sez. IV, n. 5852 del 20 dicembre 2016, cit..

⁶ La tutela cautelare, nel rito accelerato del 2-*bis* - 6-*bis*, «diventa, di fatto e nella ordinarietà dei casi, superflua, attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito, di cui può anche essere anticipata la pubblicazione del dispositivo. Sicché la funzione anticipatoria che è propria e tipica della tutela cautelare non troverà ordinariamente possibilità di pratica esplicazione.»

Ne discende che, in caso di proposizione di un ricorso contenente una domanda cautelare, esso non può che essere assoggettato al rito ordinario ex art. 120, co. 6 c.p.a. e alle forme di tutela cautelare “tradizionali”

Di conto, la possibilità di richiedere la tutela cautelare *ante causam* e, soprattutto, quella monocratica d’urgenza non può essere esclusa, e, anzi, deve essere garantita, anche nei casi di astratta ammissibilità del rito superaccelerato.

Tale assunto è suffragato dalla considerazione del fatto che «l’omessa impugnazione (delle esclusioni e delle ammissioni) preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale» (art. 120, co. 2-*bis* c.p.a., seconda parte).

Per cui, non può essere messa in discussione la possibilità di garantire alla parte la tutela cautelare soprattutto monocratica.

È ciò anche nel caso di impugnazione delle ammissioni, che rappresentano la vera novità nonché criticità di applicazione del nuovo regime processuale, posto che per le esclusioni la necessità di una tutela cautelare immediata esiste da sempre e non sembra che, concretamente, possa essere messa in discussione.

Infatti, sotto il profilo della tutela degli interessi della parte ricorrente soprattutto al blocco della procedura di gara onde evitare che essa venga troppo rapidamente aggiudicata nonostante il ricorso avverso la propria esclusione o l’ammissione di altri concorrenti (con conseguente onere di ulteriore ricorso alla giustizia), i 60 giorni (30 giorni, dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, per la celebrazione dell’udienza, che a sua volta è di ulteriori 30 giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso) dalla notifica del ricorso che il nuovo rito individua come termine ultimo per la celebrazione della camera di consiglio/udienza pubblica definitiva, sono comunque troppi laddove la parte lamenti l’esistenza di un pregiudizio di “estrema gravità ed urgenza” o, addirittura, eccezionalmente grave e urgente, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale⁷.

Avendo a riguardo tali considerazioni si può ragionevolmente sostenere che in tali casi la richiesta di misure cautelari (tutela cautelare *ante causam* e, soprattutto, quella monocratica d’urgenza) deve essere motivata in senso rafforzato.

Può astrettamente ritenersi che la parte debba appositamente giustificare non solo i contenuti della richiesta (sotto un profilo delle esigenze cautelari così come previste dal Codice del processo), ma la ragione stessa della domanda proposta, la quale, di fatto, costituisce una deroga al sistema processuale superaccelerato del

co. 6-*bis* dell’art. 120 (introdotto dal citato art. 204) e rimette al giudice il potere di dettare i tempi della prima fase del giudizio, che sembravano essergli stati sottratti dalla nuova disciplina.

Tale onere motivazionale aggiuntivo dell’istanza cautelare in relazione alla deroga della normativa vigente, è un onere aggiuntivo che esalta ancora di più l’estrema gravità del pregiudizio per giustificare, appunto, l’intervento del giudice a monte dell’instaurando processo.

Tuttavia sembra evidente che l’operare delle regole ordinarie di cui agli artt. 55 e ss. c.p.a. si ponga in contrasto con la disciplina di cui al co. 6 bis dell’art. 120, posto che è quanto meno difficile conciliare la fissazione della camera di consiglio “cautelare” con quella, a distanza di pochissimi giorni, di una camera di consiglio “camerale” sul medesimo oggetto, anche in ragione del fatto che il collegio ben potrebbe definire la causa già con sentenza in forma semplificata o rinviare di lì a massimo 45 giorni ad un’udienza pubblica, sempre definitiva, secondo il rito del co. 6 dell’art. 120 c.p.a., per cui si può ritenere che se ben possibili la tutela monocratica eccezionale *ante causam* (art. 61) e quella urgente monocratica presidenziale, non possa trovare spazio applicativo la semplice richiesta cautelare a norma dell’art. 55 stesso codice, d’urgenza *ante causam* e monocratiche.

Pertanto, fermo restando l’obbligo motivazionale sopra indicato, in questi casi il rito ordinario del co. 6 prevarrebbe, per ragioni logiche e anche temporali, su quello del co. 6-*bis*.

La concedibilità della tutela cautelare, in tale sede, è valutata dal giudice, che non deve esaminarla, a tal fine, ai sensi dell’art. 120 co. 8-*ter* c.p.a., attraverso una prognosi sull’esito del giudizio, collegato al rinvio agli artt. 121 co. 1 e 122 c.p.a. – in particolare alla possibilità per il ricorrente di ottenere la tutela in forma specifica subentrando nel contratto –, quando appunto ci si trova nell’ambito di un giudizio contro ammissioni o esclusioni e ancora non si conosce quale concorrente sarà dichiarato aggiudicatario.

Infatti sarebbe illogico che sia il giudice a valutare la concedibilità della tutela cautelare attraverso una prognosi sull’esito del giudizio, collegato al rinvio agli artt. 121, co. 1, e 122 c.p.a. (ed in particolare alla possibilità per il ricorrente di ottenere la tutela in forma specifica subentrando nel contratto), quando ci si trova nell’ambito di un giudizio contro ammissioni o esclusioni e ancora non si conosce quale concorrente sarà dichiarato aggiudicatario.

È quindi ipotizzabile ritenere che la suddetta disposizione non si applichi al rito superaccelerato, perché presuppone comunque l’affidamento e forse addirittura l’esistenza di un contratto.

Tale rito non troverà applicazione nel caso in cui la Stazione appaltante non ha pubblicato nella apposita sezione “Amministrazione trasparente” del proprio

⁷ Tar Napoli, sez. IV, n. 5852 del 20 dicembre 2016.

profilo, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento con il quale procede alle ammissioni o alle esclusioni.⁸

3. Conclusioni: confronto tra rito superaccelerato e rito elettorale

Infine merita di essere approfondito l'interessante profilo relativo al confronto tra il rito superaccelerato de quo ed il rito elettorale del 129 c.p.a., cui il sistema del 6-bis è chiaramente ispirato sotto il profilo dell'anticipazione della tutela: sembra potersi pervenire alla conclusione che le somiglianze tra i due sistemi si concentrano, e parimenti si esauriscono, proprio nella struttura bifasica del contenzioso, differenziandosi sotto altri aspetti.

È ciò nella considerazione che, nel procedimento elettorale la scansione legislativa è puntuale e coordinata con la disciplina processuale, mentre questo non avviene nel procedimento di aggiudicazione; inoltre, per giurisprudenza pacifica, nel procedimento ex art. 129 c.p.a. non sono ammissibili ricorsi contro ammissioni di candidati concorrenti, salvo il caso di confondibilità dei contrassegni.

Pertanto, mentre la fase del procedimento elettorale preparatorio, che si concretizza essenzialmente nella presentazione delle liste, è certamente qualificabile come fase a "chiusura certa", non così è per quanto riguarda le fasi di svolgimento della procedura di gara.

Poiché il legislatore del 2016 non ha correttamente recepito l'art. 56 della Direttiva 24/2014, nell'attuale sistema degli appalti non sembra esservi una fase di ammissione delle offerte che possa concludersi con un provvedimento definitivo e tombale, seguito da una possibile "omologa" da parte del giudice, e questo a differenza del procedimento elettorale, dove la fase preparatoria e di presentazione delle liste è completamente separata da quella relativa allo svolgimento della competizione elettorale.

In conclusione, perdurando quello che i primi commenti alla disciplina de quo hanno definito "dovere di controllo aperto", da parte della stazione appaltante, almeno sino alla aggiudicazione, e in assenza di una sicura e rapida scansione cronologica del procedimento di verifica delle offerte, è evidente che le analogie tra il rito superaccelerato in materia di appalti e il rito elettorale terminano rapidamente.

Pertanto, l'assenza di previsione di una tutela cautelare anche d'urgenza in quest'ultimo giudizio non può fare da viatico per ipotizzare che la medesima sorte tocchi al nuovo rito appalti, posto che molto diverse si presentano le fasi della procedura e, di conseguenza, le situazioni soggettive meritevoli di tutela giurisdizionale in tutte le sue varie forme.

Le somiglianze tra il rito elettorale ex art. 129

c.p.a. e il rito appalti ex art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici si concentrano, e parimenti si esauriscono, nella struttura bifasica del contenzioso, differenziandosi sotto altri aspetti, in quanto mentre nel procedimento elettorale la scansione legislativa è puntuale e coordinata con la disciplina processuale, questo non avviene nel procedimento di aggiudicazione; inoltre nel procedimento ex art. 129 c.p.a. non sono ammissibili ricorsi contro ammissioni di candidati concorrenti, salvo il caso di confondibilità dei contrassegni.

⁸ Tar Napoli, sez. IV, n. 5852 del 20 dicembre 2016. Nella specie, era stata veicolata l'esclusione con una comunicazione di tipo tradizionale a seguito di soccorso istruttorio.

a cura di Almerina Bove

Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista in servizio presso l'Avvocatura regionale

con la collaborazione di Rita Garzarella

Dottoressa in giurisprudenza

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

Accesso differito all'aggiudicazione - Offerte tecnico-economiche -- Tutela del segreto industriale - Documentazione amministrativa immediatamente accessibile

Il richiamo all'art. 53 d.lgs. n.50/2017 nel bando di gara deve essere interpretato nel senso che l'accesso ai documenti è differito all'aggiudicazione dell'appalto solo per le offerte tecnico-economiche per la tutela del segreto industriale e commerciale, per cui stante la necessità d'impugnare ex art. 120 c.p.a. le ammissioni e le esclusioni alla gara, l'interessato potrà, invece, avere immediato accesso alla documentazione amministrativa circa i requisiti soggettivi degli altri concorrenti.

Tar Roma, sez. III quater, 20 ottobre 2017, n. 10561, Pres. ed Est. Sapone

Affidamento di servizi senza corrispettivo - Configurazione di un contratto a titolo oneroso - Applicabilità del Codice dei Contratti

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

Cons. Stato, sez. V, 03 ottobre 2017, n. 4614, Pres. Severini, Est. Frantini

Affidamento diretto del servizio a società in house - Legittimità - Presupposti

È legittimo l'affidamento diretto del servizio laddove sussistono i presupposti di cui all'art. 12 della direttiva 2014/24/UE e all'art. 5 comma 5 D. Lgs. 50/2016, ovvero: 1. la totale partecipazione pubblica del capitale della società incaricata della gestione del servizio; 2. la realizzazione, da parte della suddetta società, della parte preponderante della propria attività con gli enti controllanti; 3. il controllo analogo (nella forma del cd. controllo congiunto) sulla società partecipata da parte dei medesimi enti.

Cons. Stato, sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902, Pres. Frattini, Est. Calderoni

Anomalia dell'offerta - Sindacato del G.A. sulle valutazioni della stazione appaltante - Limiti

Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla stazione appaltante in ordine all'anomalia dell'offerta sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione, in esercizio di discrezionalità tecnica.

Tar Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884, Pres. Caso, Est. D'Alessandri

Avvalimento - Limiti - Requisiti strettamente personali di carattere generale non attinenti all'impresa e ai mezzi

Nelle gare pubbliche il ricorso all'avvalimento è in linea di principio legittimo, non ponendo la disciplina dell'art. 89 del d.lgs. 50/2017 alcuna limitazione, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale (c.d. requisiti di idoneità morale) fissati dallo stesso decreto che non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento, riguardando invece la mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente a partecipare alla gara d'appalto.

Tar Firenze, sez. III, 23 ottobre 2017, n. 1267, Pres. Rosaria, Est. Massari

Avvalimento – Rapporto diretto e immediato tra ausiliario e ausiliato – Non è permesso l'avvalimento a cascata

La giurisprudenza amministrativa (cfr., ex multis, Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1251) ha affermato che l'avvalimento è già una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, sicché va permesso solo in ipotesi delineate rigorosamente, per garantire l'affidabilità, in executivis, del soggetto concorrente. Ne segue che è irrinunciabile la sussistenza di un rapporto diretto e immediato tra l'ausiliario e l'ausiliato, legati da vincolo di responsabilità solidale per l'intera prestazione dedotta nel contratto, con la conseguenza che la fattispecie di avvalimento a cascata è non permessa, giacché elide quel necessario rapporto diretto tra ausiliaria e ausiliata, così allungando e indebolendo la catena giuridica che lega i vari soggetti, con riflessi effetti evidenti in punto di responsabilità solidale per il soggetto ausiliato riguardo al soggetto ausiliario, munito in via diretta dei requisiti da concedere.

Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n.4982, Pres. Severini, Est. Lotti

Clausole escludenti – Onere di impugnazione immediata – Irricevibilità del ricorso incidentale

In materia di gare pubbliche sussiste un onere di immediata impugnazione del bando di gara nel caso di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione che siano ex se ostativi all'ammissione dell'interessato o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; la mancata tempestiva impugnazione della lex specialis di gara rende irricevibile l'impugnativa della stessa successivamente formulata con ricorso incidentale.

Tar Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884, Pres. Caso, Est. D'Alessandri

Concessione di servizi – Doveri dell'Amministrazione aggiudicatrice di stimare il volume dei ricavi – Rischio imprenditoriale dell'operatore economico

In materia di concessione di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice ha il dovere di stimare il volume dei ricavi che il servizio può generare, allo scopo di orientare gli operatori economici circa la dimensione economica del servizio da affidare; l'operatore economico rimane tuttavia libero, assumendosi il rischio imprenditoriale, di organizzare i propri mezzi e l'offerta del servizio, allo scopo di massimizzare il guadagno derivante dalla concessione; conseguentemente, colui che partecipa ad una gara per una concessione di servizi può formulare un'offerta ipotizzando che la gestione del servizio consenta la realizzazione di ricavi più ampi di quelli stimati dall'amministrazione concedente e da questa indicati nella legge di gara, assumendosi il rischio delle proprie valutazioni.

Tar Catanzaro, sez. I, 25 ottobre 2017 n. 1600, Pres. Salamone, Est. Tarallo

Discrezionalità della stazione appaltante di chiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti – Limiti

La stazione appaltante è titolare di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara, in quanto tale esercizio di discrezionalità è ritenuto compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate.

Tar Firenze, sez. III, 23 ottobre 2017, n. 1267, Pres. T. Rosaria, Est. B. Massari

Esclusione dalla gara precedente per irregolarità fiscali – Omessa informazione – Esclusione da gara successiva anche se si è in regola

L'aver taciuto l'estromissione da una precedente gara d'appalto per questioni di regolarità fiscale può comportare l'esclusione anche dalla gara successiva in cui invece si è in regola. È l'effetto del D.lgs. n. 50/2016 che ha "esteso alle condotte anteriori all'esecuzione del rapporto contrattuale – si tratti della stessa o di altre gare – le ipotesi rivelatrici della scarsa affidabilità professionale dell'impresa", così accrescendo "le informazioni che il concorrente deve fornire in sede di partecipazione alla selezione".

Tar Napoli, sez. VIII, 27 settembre 2017, n. 4532, Pres. ed Est. Caso

Esclusione dalla gara – Grave illecito professionale – Condizioni

Il "grave illecito professionale", che ai sensi dell'art. 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 comporta l'esclusione del concorrente dalla gara, ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa. Ai fini dell'esclusione dalla gara pubblica rilevano anche i provvedimenti giurisdizionali non definitivi qualora contengano una condanna al risarcimento del danno e uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80 stesso; l'esclusione non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento" e non dalla verifica del fatto storico.

Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192, Pres. Lipari, Est. Santoleri

Limite dimensionale di confezione dell'offerta tecnica – Omessa previsione nel bando di gara – Esclusione illegittima

L'omessa previsione di una espressa comminatoria di esclusione ancorata al mancato rispetto del limite dimensionale di confezione dell'offerta tecnica non può comportare l'estromissione del concorrente che a quel limite non si sia attenuto, pena in caso contrario la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione contemplate dall'art. 80 del d.lgs. 18.4.2016 n. 50, positivizzato all'art. 83, co. 8 del nuovo codice.

Tar Napoli, sez. III, 25 ottobre 2017 n. 5014, Pres. Donadono, Est. Graziano

Organismo di diritto pubblico – Qualificazione – Requisiti

L'art. 1 §.9 comma II Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 deve essere interpretato nel senso che una società che, da un lato, è detenuta interamente da un'amministrazione aggiudicatrice la cui attività consiste nel soddisfare esigenze di interesse generale e che, dall'altro, effettua sia operazioni per tale amministrazione aggiudicatrice sia operazioni sul mercato concorrenziale, deve essere qualificata come «organismo di diritto pubblico» ai sensi di tale disposizione, purché le attività di tale società siano necessarie affinché detta amministrazione aggiudicatrice possa esercitare la sua attività e, al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare. Non incide, a tale riguardo, il fatto che il valore delle operazioni interne possa in futuro rappresentare meno del 90%, o una parte non essenziale, del fatturato totale della società.

Corte Giust. UE, sez. IV, 05 ottobre 2017, n. 567, Pres. Lenaerts, Est. Juhász

Requisiti di ammissione – Precedenti penali – La stazione appaltante è titolare di un potere esclusivo di valutazione

Il concorrente ad una gara pubblica non può operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, spettando tale potere esclusivamente alla stazione appaltante. Pertanto, il contraddittorio previsto nel nuovo Codice dei contratti pubblici, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, ed ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale.

Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192, Pres. Lipari, Est. Santoleri

Soccorso istruttorio – Omessa allegazione della referenza bancaria

L'ipotesi di omessa allegazione di una referenza bancaria richiesta nella lex specialis rientra nell'ambito di applicazione della disciplina del soccorso istruttorio, attualmente disciplinata dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Tar Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884, Pres. Caso, Est. D'Alessandri

Valutazione delle anomalie – Il Rup è competente a verificare la congruità delle offerte – Parere non vincolante della Commissione esaminatrice

Ai sensi delle linee guida ANAC n. 3 del 2016 relative al Rup, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Rup è competente a verificare la congruità delle offerte con il supporto della commissione giudicatrice; il riferimento al supporto da parte della commissione esaminatrice nella valutazione di anomalia contenuto nelle linee Guida ANAC comporta che il RUP, prima di assumere le valutazioni definitive in ordine al giudizio di anomalia, debba richiedere il parere non vincolante della Commissione esaminatrice.

Tar Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884, Pres. Caso, Est. D'Alessandri

Valutazione di anomalia o di congruità dell'offerta – Giustificazioni insufficienti – Esperibilità di ulteriori fasi di contraddittorio prima dell'esclusione

L'art. 97, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non articola più il contraddittorio inerente alla valutazione di anomalia o di congruità secondo rigide e vincolanti scansioni procedurali, stabilendo esclusivamente che “la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni”; da ciò, tuttavia, non deriva che il cit. art. 97 escluda l'esperibilità di ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale prima di addivenire all'esclusione, come la richiesta di precisazioni scritte o l'audizione diretta dell'offerente, nel caso in cui le giustificazioni non siano state ritenute sufficienti in quanto affette da incompletezza o, comunque, rimangano dei chiari dubbi e perplessità che il confronto possa dipanare.

Tar Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884, Pres. Caso, Est. D'Alessandri

Diritto tributario

L'ATTIVITÀ DI CONSULENZA GIURIDICA VOLTA ALLA FATTIVA COLLABORAZIONE TRA FISCO
E CONTRIBUENTE E IL DIRITTO DI INTERPELLO 1034
di Eduardo Maria Piccirilli

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE 1042
a cura di Maria Pia Natri

TRIBUTARIO



L'attività di consulenza giuridica volta alla fattiva collaborazione tra fisco e contribuente e il diritto di interpello

abstract

Tax ruling, conceived by the legislator as a deflating instrument of contentious (or as a remedy to the risk of double taxation), has proven over the years to be a legal advisory institution, with the establishment of greater dialogue between Revenue and taxpayers, assuring the latter, the protection of legitimate trust.

Within the Taxpayer's Statute, both in the old and in the new version, surely tax ruling is the institute that perhaps more than any other has revolutionized the application mechanisms of taxes.

It can certainly be said that the institute represents a Copernican revolution within the dialectical scanning of the tax-payer, which, anticipates the Administration's intervention with the formation of the taxpayer's act, fails to intervene in the control of the declaration. In this way, with new relational geometries, the function of tax assessment, understood as the care of the public interest in the full and true representation of taxation and its proper qualification.

Tax Ruling refers to an instance addressed to financial administration to understand the correct interpretation of a rule and its application to a concrete case. It implies, basically, a right exercised by the taxpayer. He may, through an action rogandi, interrogate, or ask questions to the Tax Administration, to obtain opinions that become binding on the parties, when the relevant subject adheres to it in cases of particular complexity.

keywords

Tax ruling – Deflating instrument – Taxpayer's statute.

abstract

L'interpello, concepito dal legislatore come strumento deflattivo del contenzioso (o come rimedio al rischio della doppia imposizione), si è dimostrato nel corso degli anni, un istituto di consulenza giuridica, con la creazione di un maggior dialogo tra Fisco e contribuente, assicurando a quest'ultimo, la tutela del legittimo affidamento.

All'interno dello Statuto del contribuente, sia nella vecchia che nella nuova versione, sicuramente l'interpello è l'istituto che forse più di ogni altro ha rivoluzionato i meccanismi applicativi dei tributi.

Si può senz'altro affermare che l'istituto rappresenti una rivoluzione copernicana all'interno della scansione dialettica fisco-contribuente, che, anticipando l'intervento dell'Amministrazione rispetto alla formazione dell'atto del contribuente, fa venir meno l'intervento del controllo della dichiarazione. Si realizza in questo modo, con nuove geometrie relazionali, la funzione di accertamento tributario, intesa come cura dell'interesse pubblico alla rappresentazione completa e fedele della fattispecie dell'imposizione ed alla sua corretta qualificazione.

L'interpello si connota come un'istanza rivolta all'amministrazione finanziaria per comprendere la corretta interpretazione di una norma e la relativa applicazione ad un caso concreto. Esso si impernia, fondamentalmente, su un diritto esercitato dal contribuente. Egli può, attraverso una actio rogandi, interpellare, interrogare o porre quesiti all'Amministrazione fiscale allo scopo di ottenere pareri, che diventano vincolanti per le parti, allorquando il soggetto rogante si adegui ad esso su casi di particolare complessità.

parole chiave

Interpello – Strumento deflattivo – Statuto del contribuente.

sommario

1. Introduzione. – **2.** La valorizzazione del legittimo affidamento e il diritto di interpello. – **3.** Evoluzione normativa dell'interpello speciale: l'interpello anti abuso. – **4.** Conclusioni.

1. Introduzione

Con il termine interpello¹, in linea generale, si defi-

¹ Il sistema fiscale dei paesi più sviluppati, e quindi anche dell'Italia, è imperniato sulla libera volontà del cittadino-contribuente di versare l'imposta. Pagamento e determinazione quantitativa dell'imposta sono rimesse, quindi, al soggetto passivo che ha come unico diktat l'interpretazione della legge. L'intervento del fisco è nella maggior parte dei casi (si pensi alle imposte sul reddito) successivo ed eventuale alla dichiarazione del contribuente, concretizzandosi in una attività di controllo. In quest'ottica, quindi, il contribuente, attore passivo, può cadere in dubbi interpretativi difficili da definire anche per il giurista più accorto. Tutto ciò aggravato dal fatto che la normativa fiscale del nostro

nisce la “procedura di cui il contribuente può avvalersi per acquisire preventivamente dall’amministrazione finanziaria un parere in ordine a fatti e/o situazioni di incerta interpretazione”². Con la sua introduzione nel nostro ordinamento fiscale, l’Italia si è adeguata agli altri paesi dell’UE, nei quali l’istituto del *tax ruling*³ era già consolidato ed ha rappresentato e rappresenta un indispensabile strumento per gli operatori e

per la *compliance*⁴. Esso, quindi, si configura come un corpo tutto interno al sistema d’imposta finalizzato a dirimere eventuali *vexata quaestio* tra il contribuente e l’amministrazione fiscale. Da qui, quindi, la funzione dialogante con finalità dirimenti dell’istituto. Infatti, proprio l’introduzione dello statuto dei diritti del contribuente con la legge 212 del 2000, con il quale si è inteso gettare un ponte tra amministrazione e amministrato, il concetto di interpello si è affacciato nel nostro paese con la legge 7 agosto 1990 n. 241⁵, che ha sistemato in un quadro organico procedimenti di partecipazione dei cittadini all’azione amministrativa e di accesso degli stessi agli atti dei pubblici poteri. Lo scopo è quello di mettere il cittadino in una condizione di collaborazione e non opposizione alla gestione del potere pubblico, in generale, e di quello impositivo, in particolare, in simbiosi con i principi di economicità, trasparenza e correttezza amministrativa. Il processo di trasformazione della pubblica amministrazione ha portato negli anni ad attribuire un ruolo centrale al correlato obiettivo di realizzazione della *tax compliance* che, nelle sue molteplici estrinsecazioni, può avviare un importante percorso di affermazione della cultura della legalità, anche fiscale ma che esige – per porsi come tale – di operare in un contesto credibile, caratterizzato dalla semplicità del sistema normativo (e della sua applicazione) e dalla efficienza di un’ammi-

Paese è tra le più complesse e caotiche del panorama internazionale. Tale complessità, inoltre, appesantisce tutta l’architettura tributaria con danni che si ripercuotono non solo sul singolo, ma sull’intero sistema fiscale. Troppo spesso, le incomprensioni reciproche generano, da un lato, pesanti sanzioni pecuniarie a danno del contribuente e dall’altro potrebbero spingere a delittuose pratiche elusive ed evasive.

Proprio per sciogliere eventuali nodi gordiani interpretativi, nel nostro sistema fiscale è stato introdotto l’istituto dell’interpello, con il compito di chiarire, tra contribuente e Amministrazione fiscale le accezioni più criptiche del sistema fiscale.

² Normativa da cui tra origine l’interpello nell’ordinamento italiano: art. 21 l. 30/12/1991 n. 413; art. 16 d.lgs. 10/03/2000, n.74. Con il decreto legislativo 156 del 2015, il legislatore introducendo l’art. 10 bis e modificando l’art. 11 della l. 27/07/2000 n. 212, non ha creato un ranch dove ha fatto confluire tutta la materia dell’interpello. Infatti, “Sono rimaste in vigore, ancorché modificate, una serie di norme, che sarebbe troppo lungo elencare, recanti la regolamentazione di particolari interPELLI, diverso da quello ordinario” (SAMMARTINO S., *Il diritto di Interpello*, in AA.VV., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, a cura di DELLA VALLE - FICARI - MARINI, 2016, p. 132 e ss.). Vista la vastità bibliografica ci si limita a richiamare, salvo citare altre fonti nel corso del lavoro, autori che hanno pubblicato nel corso degli anni dal 2015 ad oggi: COMMITTERI - SCIFONI, *Il nuovo interpello tributario tra tempi di risposta accelerati e tutela giurisdizionale differita*, in *Corr. Trib.*, 2015, p. 4270 e ss.; COMMITTERI - SCIFONI, *Le istanze di interpello antiabuso tra modifiche legislative non coordinate e sforzi interpretativi dell’Agenzia*, in *Corr. Trib.*, 2016, n. 8; DI TANNO, *Il nuovo interpello disapplicativo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2016, I, p. 147 e ss.; FANELLI, *Nuovo regime dell’interpello basato sulla responsabilità del contribuente*, in *Corr. Trib.*, 2015, p. 3717 e ss.; FRANSONI - COLI, *L’inammissibilità degli interPELLI*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 1964; GALLO, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2015, p. 1315 ss.; LOI, *Gli interPELLI ordinario e disapplicativo, per l’abuso e le ipotesi di elusione, nel quadro della rinnovata disciplina dell’interpello*, in AA.VV., *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, a cura di C. GLENDI - CONSOLO - CONTRINO, 2016, p. 77 e ss.; PISTOLESI, *L’interpello Anti abuso*, in AA.VV., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, a cura di DELLA VALLE - FICARI - MARINI, 2016, p. 144 e ss.; RIZZARDI, *I nuovi interPELLI tra unitarietà della disciplina e specificità delle singole categorie*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 1535 e ss.

³ Il *ruling*, introdotto nell’ordinamento tributario italiano dall’articolo 8 del decreto legge n. 269 del 2003, è stato formalmente attivato nel 2004, ma ha avuto avvio effettivo solo nel mese di febbraio del 2005, a seguito del parere favorevole espresso dalla Commissione europea a riguardo (per una maggiore disamina: M. Lorenzetti, *Prime considerazioni sul ruling internazionale*, in *Corr. Trib.*, n. 1/2004, p. 32 e ss.; D. LIBURDI, *Attuata la disciplina del ruling internazionale*, in *Corr. Trib.*, n° 33/2004, p. 2605 e ss.; F. GAFFURI, *Il ruling internazionale*, in *Rass. Trib.*, n. 2/2004, p. 488 e ss.; M. GAZZO, *Transfer pricing e ruling internazionale*, in *Fisc. Intern.*, n° 2/2004, p. 115 e ss.; P. ADONNINO, *Considerazioni in tema di ruling internazionale*, in *Rass. Trib.*, n. 1/2009, p. 53 e ss.

⁴ All’estero sono molto diffusi gli *Advanced Pricing Agreements* (APA) che, secondo la definizione OCSE, sono accordi preventivi che riguardano le transazioni infragruppo ed hanno ad oggetto criteri per la determinazione di prezzi di trasferimento valevoli per un determinato periodo di tempo. Tra gli APA e il *ruling* emerge una notevole differenza riguardo all’oggetto, che nel secondo caso è più ampio rispetto agli APA ed è relativo non solo ai prezzi di trasferimento, ma anche ai dividendi, alle royalties e agli interessi. L’Agenzia delle Entrate sul proprio sito internet pubblica il Bollettino sul *Ruling di standard internazionale relativo agli accordi preventivi (“APA”) sul transfer pricing (“TP”)* conclusi nei trienni precedenti. Il Bollettino pubblicato nel 2013, indica come i contribuenti siano sempre più interessati a questo strumento di risoluzione in via preventiva delle controversie in materia di prezzi di trasferimento con le autorità fiscali. Il motivo principale alla base di questo crescente interesse è da ricercare nel fatto che l’Amministrazione Finanziaria negli ultimi anni si è concentrata in modo particolare, in sede di accertamento, sulle operazioni effettuate tra parti correlate nell’ambito dei gruppi multinazionali ai sensi dell’Art. 110, comma 7 TUIR, anche a seguito dell’introduzione degli oneri documentali di cui all’art. 1, comma 2-ter del d.lgs. 471/1997.

⁵ Il primo comma dell’art. 97 della Carta costituzionale (“...il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione”), è stato integrato e coordinato con la legge 241 del 1990 che assicura il conseguimento di obiettivi, assegnando all’attività amministrativa criteri di economicità e di efficacia secondo le modalità previste dalla stessa legge (per una maggiore disamina AA.VV. *Manuale di diritto amministrativo*, p. 221 e ss.). Dal 1990 in poi, il legislatore è sempre più spesso intervenuto per sostituire al modello tradizionale ed autoritativo dell’amministrazione controllo quello, più moderno ed avanzato, di un’amministrazione collaborativa, propensa al dialogo coi cittadini ed incline a supportarli nell’adempimento dei loro obblighi, non ultimi quelli tributari.

nistrazione che sia soprattutto espressione di servizi.

Ed è in questo spirito che nasce il diritto di interpello. Un servizio al contribuente che si basa sull'assistenza e sull'informazione, realizzato con un nuovo schema di equilibrio tra l'ente e il soggetto passivo, equiparando i rapporti di forza tra le parti, mediante l'introduzione di una più ampia regolamentazione dell'istituto⁶.

In linea generale, quindi, l'interpello si connota come un'istanza rivolta all'amministrazione finanziaria dello Stato per comprendere la corretta interpretazione di una norma e la relativa applicazione ad un caso concreto. Esso si impernia, fondamentalmente, su un diritto esercitato dal contribuente. Egli può, attraverso una *actio rogandi*, interpellare, interrogare o porre quesiti all'Amministrazione fiscale allo scopo di ottenere pareri, che diventano vincolanti per le parti, allorché il soggetto rogante si adegui ad esso su casi di particolare complessità.

Il titolo primo del decreto legislativo 156 del 24 settembre 2015 ha revisionato la disciplina degli interpelli⁷, introducendone uno per ogni ipotesi di elusione

⁶ Anche gli istituti dell'accertamento con adesione, della conciliazione giudiziale e del ravvedimento operoso, presuppongono un ruolo di partecipazione attiva del contribuente. Ciononostante, «da un lato, l'introduzione di istituti come l'accertamento con adesione e la conciliazione giudiziale dal chiaro connotato transattivo, e dall'altro, l'introduzione nel processo tributario dell'onere di allegazione dei fatti, in via di rafforzamento del principio della domanda, il quale a sua volta ed almeno di regola è il riflesso del carattere disponibile delle situazioni sostanziali oggetto della lite, sono altrettanti indizi di una propensione legislativa a collocare il rapporto obbligatorio d'imposta sul terreno del pieno dominio di entrambe le parti di esso» (P. RUSSO, *Problemi della prova nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, n. 2/2000, 378-379).

⁷ La nuova norma, che ha come scopo quello di valorizzare in maggior misura le peculiarità e l'autonomia dell'interpello, presume che il contribuente può interpellare l'Amministrazione per ottenere una risposta riguardante fattispecie concrete e personali relativamente a:

- a) l'applicazione di disposizioni tributarie, quando vi sono condizioni di obiettiva incertezza sulla corretta interpretazione di tali disposizioni (interpello ordinario) e la corretta qualificazione di fattispecie alla luce delle disposizioni tributarie applicabili alle medesime (interpello qualificatorio);
- b) la sussistenza delle condizioni e la valutazione della idoneità degli elementi probatori richiesti dalla legge per l'adozione di specifici regimi fiscali come, ad esempio, le istanze di interpello cd. CFC, le istanze di interpello per la continuazione del consolidato fiscale, le istanze per la valutazione dei requisiti per essere o meno considerate società non operative (interpello probatorio);
- c) l'applicazione della disciplina sull'antiabuso del diritto ad una specifica fattispecie (interpello anti abuso).

La norma prevede, inoltre, la possibilità per il contribuente di interpellare l'amministrazione se sussistano le condizioni per disapplicare norme tributarie che limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta ecc. (interpello disapplicativo).

La nuova norma prevede l'esclusione delle condizioni di obiettiva incertezza, nel caso in cui l'amministrazione abbia già fornito la soluzione per fattispecie corrispondenti a quelle prospettate dal contribuente.

fiscale contemplando così un procedimento forse più rapido e più chiaro di quello disciplinato dall'art. 21 della legge 413 del 1991⁸, oltre a contenere una "disparità di trattamento tra coloro che, potendo ricondurre il proprio caso personale all'art. 37-bis D.P.R. 600/1973, avevano la facoltà di conoscere l'indirizzo interpretativo dell'Amministrazione finanziaria circa la potenziale elusività della fattispecie rappresentata e quanti invece, pur consapevoli di poter incorrere in analoga censura, si vedevano precluso l'accesso all'interpello perché la vicenda che li riguardava non rientrava fra quelle enunciate nella predetta disposizione normativa"⁹.

2. La valorizzazione del legittimo affidamento e il diritto di interpello

L'interpello ordinario introdotto dall'art. 11 della legge 27 luglio 2000 n. 212, comunemente denominata "Statuto dei diritti del contribuente", costituisce lo strumento principale attraverso il quale si esplica, l'attività interpretativa o di consulenza giuridica dell'Agenzia delle Entrate, al fine di individuare il corretto trattamento delle fattispecie di volta in volta manifestate.

Uno strumento con finalità migliorative nel troppo spesso complesso rapporto tra contribuente e amministrazione finanziaria. Infatti, ha lo scopo di liberare il contribuente da scelte, che potrebbero comportare pesanti sanzioni a suo carico, rimettendo ad un parere esaustivo e chiarificatore da parte dell'Amministrazione. Lo Statuto sancisce, inoltre, la competenza dell'interpello puntualizzando i suoi campi di applicazione.

Con l'entrata in vigore dello Statuto dei diritti del contribuente¹⁰, il legislatore si è proposto di dare attuazione ai diritti fondamentali del cittadino, tra i quali si annoverano l'informazione, l'assistenza, la chiarez-

Ai sensi della nuova disciplina, inoltre, la presentazione dell'istanza di interpello non produce alcun effetto interruttivo o sospensivo sulle ordinarie scadenze degli adempimenti.

Vengono previste, infine, le ipotesi in cui l'amministrazione deve provvedere alla pubblicazione di circolari o risoluzioni contenenti i pareri forniti alle istanze di interpello, fermo restando l'obbligo della ordinaria comunicazione della risposta a ciascuno dei contribuenti istanti.

⁸ L'art. 21 della legge 30 dicembre 1991 n. 413, regolava il diritto di interpello speciale a cui il contribuente poteva fare ricorso solo in caso di presente condotte elusive (E.M. PICCIRILLI, *L'evoluzione normativa del diritto di interpello*, in *Il Fisco*, 21/2004, pag. 3205 e ss.)

⁹ F. PISTOLESI, *L'interpello "anti abuso"*, in AA.VV., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, a cura di DELLA VALLE-FICARI-MARINI, 2016, p. 145, il quale sostiene che il termine molto lungo, fino a 180 giorni, dissuadeva molti contribuenti, e specialmente le imprese, ad avvalersi dell'interpello, vanificandone così l'utilità per entrambe le parti del rapporto obbligatorio di imposta.

¹⁰ A. FANTOZZI - A. FEDELE, *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005; G. MARONGIU, *Lo statuto dei diritti del contribuente: la sua ragione, le sue applicazioni*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2003, I, p. 1007 e ss.; G. MARONGIU, *Lo statuto del contribuente*, Torino, 2004.

za delle norme tributarie, l'adeguata conoscenza delle conseguenze delle proprie azioni sul piano fiscale, la speditezza e tempestività dell'azione fiscale, la semplificazione degli adempimenti di un equo e regolare svolgimento delle procedure di accertamento¹¹.

Con l'art. 11, il legislatore del 2000 volle introdurre un servizio del tutto nuovo per l'Amministrazione finanziaria: la consulenza giuridica. Tale servizio¹² ha rappresentato nell'arco di questi anni, un patrimonio interpretativo ed ha integrato i servizi di informazione e assistenza, tra l'altro già preesistenti. L'informativa è rivolta alla generalità dei contribuenti ed è esercitata in occasione di un concreto adempimento tributario. Ed è proprio nell'ambito della consulenza giuridica che l'Amministrazione è chiamata ad esprimere pareri relativi a specifiche fattispecie applicative, sollecitati da soggetti interessati a conoscere l'orientamento dell'Amministrazione¹³.

L'articolo 11 novellato¹⁴, ha mutato la sua deno-

minazione: da "Interpello del Contribuente" a "Diritto di interpello", enfatizzando l'aspetto del diritto del soggetto-contribuente ad accedere ad un istituto a cui l'Amministrazione finanziaria è chiamata a rispondere (in quanto dovere). In questa accezione, la consulenza si distingue sia dall'attività di informazione, caratterizzata dall'intento divulgativo, sia dall'assistenza in senso stretto, che attiene al profilo applicativo ed è caratterizzata dal supporto personalizzato fornito al contribuente in occasione del concreto adempimento di obblighi tributari.

Di fronte ad una richiesta specifica formulata ex art. 11, l'Amministrazione finanziaria è obbligata a rispondere, in quanto è diritto dell'interpellato ricevere risposta¹⁵. Qualora la risposta tardasse a pervenire, o non pervenisse affatto, sul quel determinato quesito¹⁶ si produce ineluttabilmente l'istituto del silenzio assenso¹⁷, fermo restando il diritto dell'istante a ricorrere

¹¹ «Lo statuto sembra, quindi, atteggiarsi come una vera e propria legge fiscale generale, assolvendo una funzione di supplenza rispetto alle preleggi di un codice tributario mai emanato e forse ancora lontano. In questo senso, esso, pur richiamando principi già contenuti nella Carta costituzionale (eguaglianza, legalità, capacità contributiva, efficienza della pubblica amministrazione), assume particolare rilevanza in quanto pone le regole che devono informare il rapporto tra amministrazioni fiscali e contribuenti» (A. F. URICCHIO, *Percorsi di diritto tributario*, Cacucci, 2017, p. 73).

¹² Del resto «Soltanto uno Stato inefficiente ed autoritario può aspirare a compensare le proprie eventuali carenze organizzative con una legislazione, o una giurisprudenza protezionistica che disconosca cioè i diritti del cittadino fino a quando siano maturi i tempi della burocrazia» (Cass. 30 marzo 2001, n° 4760).

¹³ La circolare n° 50/E del 31 maggio 2001, interpretativa dell'art. 11 della legge n° 212/2000, rinviava ad una precedente circolare (la n° 99/E del 2000) l'esplicazione, le modalità e le funzioni dell'esercizio della consulenza giuridica, intesa come attività interpretativa finalizzata all'individuazione del corretto trattamento fiscale di una fattispecie: si sostanzia, dunque, nella formazione di un patrimonio interpretativo, piuttosto che nella divulgazione o applicazione dello stesso.

¹⁴ Il Decreto Legislativo 24 settembre 2015, n. 156 (attuativo della Legge delega fiscale 11 marzo 2014, n. 23), pubblicato sul supplemento ordinario n. 55 alla Gazzetta ufficiale n. 233 del 7 ottobre 2015, ha rivisto la materia dell'interpello contenuta nell'articolo 11 dello Statuto del Contribuente. In sintesi, a seguito delle modifiche apportate dagli artt. da 1 a 6 del citato Decreto, vengono identificate quattro tipologie di interpello (ordinario, probatorio, antiabuso e disapplicativo). Ai sensi del comma 1 dell'articolo 11, infatti, il contribuente può interpellare l'amministrazione finanziaria al fine di ottenere un parere relativamente ad un caso concreto e personale con riferimento:

- all'applicazione delle disposizioni tributarie, quando vi sono condizioni di obiettiva incertezza sulla corretta interpretazione di tali disposizioni (d'ora in avanti cd. interpello ordinario "puro") ed alla corretta qualificazione (d'ora in avanti interpello qualificatorio) di fattispecie alla luce delle disposizioni tributarie applicabili alle medesime, ove ricorrano condizioni di obiettiva incertezza "lettera a";
- alla sussistenza delle condizioni e la valutazione della idoneità degli elementi probatori richiesti dalla legge per l'adozione di specifici regimi fiscali nei casi espressamente previsti (interpel-

lo probatorio) (lettera b);

- all'applicazione della disciplina sull'abuso del diritto ad una specifica fattispecie (interpello antiabuso) (lettera c).

Ai sensi del comma 2, invece, il contribuente interPELLA l'amministrazione finanziaria per la disapplicazione di norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta, o altre posizioni soggettive del soggetto passivo altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, fornendo la dimostrazione che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non possono verificarsi. L'autonoma collocazione di questa tipologia di interpello rispetto alle fattispecie di cui al comma 1 e la differente locuzione utilizzata ("il contribuente interPELLA" in luogo de "il contribuente può interPELLARE") confermano che, attraverso la nuova formulazione dello Statuto, il legislatore ha inteso delimitare l'area dei cosiddetti "interPELLI obbligatori" a quelli previsti al comma 2. (circolare Agenzia delle Entrate 1 aprile 2016 n. 9/E).

¹⁵ Il comma 3 dell'art. 11 prevede una riduzione dei tempi di risposta per gli interPELLI ordinari e qualificatori, che passano da 120 giorni a 90 giorni, mentre per tutte le altre tipologie la risposta deve essere fornita entro 120 giorni. Viene stabilita la regola del silenzio-assenso, per cui qualora una risposta non pervenga entro il termine previsto, diventa valida la soluzione prospettata dal contribuente. La risposta all'interpello, scritta e motivata, vincola l'amministrazione finanziaria con esclusivo riferimento alla questione trattata e limitatamente al richiedente.

¹⁶ «La risposta, scritta e motivata, vincola ogni organo della amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente al richiedente». Con queste parole, il legislatore ha ribadito che la risposta non ha mai carattere generale. Tuttavia, a nostro parere, non è da escludere a *fortiori* l'influenza di un parere emesso su altri pareri analoghi da emettere. In altri termini, i pareri emessi rappresentano pur sempre una casistica a disposizione dell'Amministrazione finanziaria, alla quale può certamente fare riferimento. Inoltre, la norma è abbastanza esplicita nel circoscrivere l'efficacia del parere al soggetto richiedente ed in funzione alla terapia tributaria da applicarsi al caso, rimanendo quindi fuori da altri casi analoghi e senza che ci siano eventuali riflessi.

¹⁷ Art. 11 L. 212/2000 comma 3 così recita: «L'Amministrazione risponde alle istanze di cui alla lettera a) del comma 1 nel termine di novanta giorni e a quelle di cui alle lettere b) e c) del medesimo comma 1 ed a quelle di cui al comma 2 nel termine di centoventi giorni. La risposta, scritta e motivata, vincola ogni organo della amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto

al giudice, in caso di negazione di un diritto¹⁸.

La risposta favorevole, rende il soggetto contribuente immune da ogni conseguenza negativa che possa scaturire in futuro dal compimento di quanto descritto nell'istanza, garantendo il principio della tutela del legittimo affidamento¹⁹.

dell'istanza e limitatamente al richiedente. Quando la risposta non è comunicata al contribuente entro il termine previsto, il silenzio equivale a condivisione, da parte dell'amministrazione, della soluzione prospettata dal contribuente. Gli atti, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio difformi dalla risposta, espressa o tacita, sono nulli. Tale efficacia si estende ai comportamenti successivi del contribuente riconducibili alla fattispecie oggetto di interpello, salvo rettifica della soluzione interpretativa da parte dell'amministrazione con valenza esclusivamente per gli eventuali comportamenti futuri dell'istante».

¹⁸ Le risposte all'interpello non costituiscono atti impugnabili, in quanto mancano del carattere dell'autorità ed esecutività propri dei provvedimenti amministrativi (circolare 7/E del 3 marzo 2009). Anche la Consulta con la sentenza 191/2007, ha stabilito che la risposta «Deve considerarsi un mero parere, che non integra alcun esercizio di potestà impositiva nei confronti del richiedente». Sul punto si è pronunciato anche la Suprema Corte con diverse sentenze (nn. 2301/2007, 10488/2008 e 21154/2008), la quale ha più volte ribadito che le circolari e le risoluzioni (atti con cui vengono formalmente adottate le risposte alle istanze di interpello formulate dai contribuenti art. 11 comma 6), si limitano a manifestare la posizione dell'Agenzia su una data questione e per questo motivo vanno ritenute vincolanti per l'Amministrazione, ma non per i contribuenti (per una maggiore disamina, M.T. MOSCATELLI, *La risposta collettiva all'interpello dei contribuenti*, in *Riv. di Dir. Trib.*, n° 1/2004, p. 1395 ss.).

¹⁹ Secondo una dottrina, nel carattere preventivo dell'interpello può ritenersi che trovino applicazione il principio della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento. La certezza è vista come chiarezza, trasparenza e conoscibilità degli interventi normativi in modo che il contribuente sia in grado di prevedere l'ambito di efficacia di una particolare norma, la qualificazione giuridica della propria azione e riporre buona fede in quella determinata interpretazione. Ciò determina per il cittadino esistenza e rispetto da parte dei pubblici poteri di una sfera di autonomia garantita dal diritto. L'affidamento è basato, infatti, non solo sulla norma, ma anche e soprattutto su come il giudice tributario e l'amministrazione finanziaria la interpretano concretamente. Non a caso è previsto che il contribuente presenti l'istanza "prima di porre in essere il comportamento o di dare attuazione alla norma oggetto di interpello, ciò allo scopo di conoscere l'indirizzo interpretativo dell'Amministrazione finanziaria e pertanto le conseguenze che scaturirebbero dal porre in essere quanto prospettato nell'istanza. Per soddisfare le esigenze di affidamento, occorre rimuovere l'incertezza attraverso la vincolatività per l'amministrazione dell'interpello e rendere certa tra le parti la qualificazione della fattispecie. L'effetto vincolante in grado di garantire la tutela dell'affidamento legittimo implica, infatti, in linea generale che esso non dovrebbe essere revocato, modificato o annullato dalla stessa Amministrazione finanziaria che assume una posizione diversa da quella espressa (S. TRIGGIANI, *L'evoluzione giuridica della disciplina dell'interpello e i vincoli dell'Amministrazione finanziaria*, in *Dir. e Prat. Trib.*, vol. 79, n. 3, 2008, p. 644 e ss.). Dello stesso avviso: M. LOGOZZO, *La tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente tra prospettiva comunitaria e nuova codificazione*, in *Boll. Trib.*, 3/2013, p. 1125; A. TURCHI, *La tutela dell'affidamento del contribuente a fronte dei mutamenti interpretativi della finanza*, in *Riv. di Dir. Trib.*, n. 15/2003, p.

3. Evoluzione normativa dell'interpello speciale: l'interpello anti abuso

L'art. 21 della legge 30 dicembre 1991 n° 413, rimase ibernato per poco più di cinque anni, fino a quando i decreti ministeriali 194 e 195 del 1997 non lo attuarono. Non v'è dubbio che il legislatore introdusse un «istituto di civiltà giuridica, attuando una maggiore trasparenza nei rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria, dato che: sul primo incombe l'onore di rappresentare con chiarezza la situazione e formulare un'ipotesi di soluzione; sulla seconda, quello di indicare le conseguenze tributarie che derivano -a suo parere- da quell'atto, fatto o negozio»²⁰. Con questa disposizione si è sancito un principio di pari opportunità tra il Fisco e il contribuente circa l'applicazione delle norme tributarie con finalità antielusive.

Questa tipologia di interpello, ha consentito al contribuente di conoscere, in maniera preventiva, il parere dell'Agenzia delle Entrate per casi che riguardavano la fittizia interposizione di persona, gli atti i fatti e i negozi, anche quelli collegati tra di loro, che non avevano valide ragioni economiche²¹ e diretti ad aggirare obblighi e divieti dell'ordinamento tributario allo scopo di conseguire riduzioni di imposta o indebiti rimborsi (Art. 37-bis, d.P.R. n. 600 del 1973). Inoltre, il contribuente poteva acquisire un parere anche in ordine alla qualificazione di determinate spese (pubblicità, propaganda, rappresentanza) ai fini dell'applicazione dell'art. 108 comma 2 del Testo Unico delle Imposte sui redditi.

Il comma 6 dell'art. 6 della legge delega 23 del 2014 ha disposto che il Governo è delegato ad introdurre, con i decreti legislativi di cui all'articolo 1, disposizioni per la revisione generale della disciplina

702. Anche la Corte di Cassazione con la sentenza 20421 del 2010 ha valorizzato il principio del legittimo affidamento in materia tributaria. La Consulta con due sentenze, la 525/2000 e la 416/99, ha inteso il principio dell'affidamento quale «elemento essenziale dello stato di diritto che deve costituire un limite anche all'efficacia retroattiva delle leggi interpretative in base all'art. 3, comma 1, Cost. nel rispetto del canone della ragionevolezza (A. F. URICCHIO, *op. cit.*, p. 84).

²⁰ R. LUNELLI, *Diritto di interpello*, in *Il Fisco*, n°38/1997, p. 11205 e ss.

²¹ Valide ragioni economiche. In base alle nuove disposizioni, si è in presenza dell'abuso del diritto allorché una o più operazioni prive di sostanza economica, pur rispettando le norme tributarie, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. La norma chiarisce che un'operazione è priva di sostanza economica se i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, sono inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Si considerano indebitamente conseguiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. Tali operazioni non sono opponibili al fisco: quando l'Agenzia delle entrate accerta la condotta abusiva, le operazioni elusive effettuate dal contribuente diventano inefficaci ai fini tributari e, quindi, non sono ottenibili i relativi vantaggi fiscali (E.M. PICCIRILLI, *Abuso del diritto o elusione fiscale: la legittimità costituzionale delle valide ragioni economiche*, in *Gazz. For.*, 3/2016, p. 756 e ss.).

degli interpelli, allo scopo di garantirne una maggiore omogeneità, anche ai fini della tutela giurisdizionale e di una maggiore tempestività nella redazione dei pareri, procedendo in tale contesto all'eliminazione delle forme di interpello obbligatorio nei casi in cui non producano benefici ma solo aggravii per i contribuenti e per l'amministrazione. In quest'opera di riforma, una delle novità più significative è un interpello che interessi ogni ipotesi di "abuso del diritto" contemplando un procedimento più sollecito e meno farraginoso di quello disciplinato dall'art. 21 della legge 413/1991²².

Il comma 5 dell'art. 10-*bis*, introdotto nello Statuto dei diritti del contribuente grazie all'art. 7 del decreto legislativo 156/2015, ha assorbito le principali fattispecie ricomprese nel capo di applicazione dell'interpello antielusivo di cui all'art. 21 della citata legge. Il nuovo strumento ha dato fondamento normativo alla controversa definizione di abuso del diritto, attraverso il quale il contribuente può chiedere all'amministrazione se le operazioni che intende realizzare costituiscano fattispecie di elusione fiscale.

La disposizione ha introdotto una novità: dalla portata speciale dell'istituto si è passati ad una portata generale. Il legislatore, anche nel rispetto della raccomandazione della Commissione Europea 2012/772 del 6 dicembre 2012²³ sulla pianificazione fiscale aggressiva²⁴, ha revisionato le vigenti disposizioni antielusive al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto, in applicazione dei prin-

cipi e criteri direttivi, orientando il contribuente ad illustrare il fondamento economico di quanto rappresentato nell'istanza di interpello.

La legge n. 23 del 2014 fa salva la legittimità della scelta tra regimi alternativi espressamente previsti dal sistema tributario.

L'abuso del diritto o elusione fiscale, si configura nel caso in cui lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali risulti come causa prevalente dell'operazione abusiva. Non si ha, invece, abuso del diritto, quando l'operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali, cioè quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente²⁵.

Quindi, il contribuente nell'interpellare l'Amministrazione finanziaria per un parere²⁶ circa la sua condotta rispetto ad un fatto fiscalmente rilevante, deve dimostrare che l'operazione posta in essere ha sostanza economica e che dallo stesso non ricava alcun vantaggio fiscale indebito. In altri termini, è compito dell'i-

²² F. PISTOLESI, *op. cit.*, p. 145.

²³ Con la raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva, la Commissione Europea ha invitato gli Stati membri ad adottare una norma generale antiabuso, applicabile sia ai rapporti nazionali sia a quelli transazionali, che contrasti "le costruzioni di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni poste in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione, in quanto contrastanti con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili" (D. STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. e Prat. Trib.*, n° 5/2015, p. 254, il quale afferma, tra l'altro, che la nuova disciplina dell'abuso del diritto appare – nonostante gli sforzi compiuti – in gran parte inadeguata, oltre che contraddittoria, e non sarà verosimilmente in grado di influire positivamente sugli indirizzi giurisprudenziali). Così, in ottemperanza dell'obbligo da questa derivante e in adempimento di altre esortazioni e solleciti, provenienti sia in ambito OCSE, che in altre occasioni della stessa Commissione Europea, il Parlamento italiano ha delegato il Governo, con la legge 11 marzo 2014, n° 23, ad attuare la revisione antielusive vigenti per unificarle in un'unica disciplina sul principio generale di divieto dell'abuso del diritto (F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. Trib.*, 6/2015; A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, I).

²⁴ L'applicazione del principio dell'abuso del diritto deve essere guidata da una particolare cautela, essendo necessario trovare una giusta linea di confine, tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche, e questa cautela deve essere massima quando oggetto di valutazione sono operazioni di ristrutturazione societaria, tanto più se inserite nell'ambito di grandi gruppi di imprese (Cass. Sentenza del 21 gennaio 2011 n° 1372)

²⁵ Il nuovo dettato normativo, esclude i contribuenti (in dispregio al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della nostra carta Costituzionale: «Tutti i cittadini...sono uguali davanti alla legge senza distinzioni...di condizioni personali e sociali») non imprenditori o professionisti dell'esimente in questione (le valide ragioni extrafiscali) (per una maggiore disamina sull'abuso del diritto AA.VV., *Abuso del diritto ed Elusione fiscale*, 2016; F. GALLO, *La nuova frontiera... cit.*; A. GIOVANNINI, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. e Prat. Trib.*, n° 5/2015; G. MARONGIU, *Una stella cometa a guida dell'abuso da "diritto vivente"*, in *Rass. Trib.*, 2015, 5; E.M. PICCIRILLI, *op. cit.*).

²⁶ Il comma 1 dell'art. 4 del decreto legislativo 156 del 2015, così recita: «Quando non è possibile fornire risposta sulla base dei documenti allegati, l'amministrazione chiede, una sola volta, all'istante di integrare la documentazione presentata. In tal caso il parere è reso, per gli interpelli di cui all'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente, entro sessanta giorni dalla ricezione della documentazione integrativa». Il parere che l'Agenzia fornisce al contribuente sotto forma di risposta scritta, deve essere motivato ed è vincolante per l'Amministrazione ma non per il contribuente. Tuttavia è bene ricordare che l'Amministrazione non è obbligata a rispondere. Pertanto, in virtù del principio del silenzio assenso, al contribuente conviene presentare un'istanza chiara senza che si presti ad interpretazioni e con una soluzione che ritiene più corretta. Per "l'interpello anti abuso, va evidenziato che il Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate del 4 gennaio 2016 ha disposto, in via transitoria fino al 31 dicembre 2017, che la relativa istanza, indipendentemente dalla qualificazione soggettiva del contribuente che la propone, deve essere presentata alla Direzione Centrale Normativa dell'Agenzia delle Entrate; trattasi di una scelta comprensibile: si è ritenuto, da un canto, di sfruttare le competenze maturate finora da detta Direzione Centrale nell'esame delle istanze ex art. 21 della l. 413/1991, e, dall'altro, di dare tempo alle Direzioni Regionali delle Entrate, nel corso degli anni 2016-2017, di formare le esperienze e conoscenze che occorreranno, dal 1° gennaio 2018, per rispondere ai quesiti in materia elusiva che verranno ad esse rivolti» (F. PISTOLESI, *op. cit.*, p. 155 ss.).

stante fornire tutti gli elementi dell'operazione economica idonei ad escludere vantaggi fiscali indebiti, affermare la sua sostanza economica e dimostrare che essa è giustificata da valide ragioni extrafiscali²⁷.

Quando il legislatore afferma che il contribuente deve porre in essere una condotta che sia coerente con le singole operazioni, le quali devono trovare una giustificazione giuridica in una logica di mercato, sostiene che l'istante nella sua interpellanza deve dimostrare che la sostanza economica dell'operazione non ha procurato alcun beneficio di risparmio di imposte illegittimo. L'intento del legislatore, quindi, è quello di restituire all'istituto dell'interpello la sua funzione principe che quale appunto della diretta collaborazione tra contribuente e Amministrazione finanziaria, esaltando la *tax compliance* che rappresenta oggi la missione principale dell'Agenzia delle Entrate raggiunta con un'azione di prevenzione e contrasto all'evasione fiscale attraverso una pleora di servizi ed informazioni, tra cui appunto l'interpello anti abuso.

4. Conclusioni

L'interpello ha assunto, in ambito nazionale e internazionale, un nuovo e diverso modo di percepire la struttura dei rapporti tra Fisco e contribuente, elevan-

do la figura di quest'ultimo che non viene più considerato un soggetto sottoposto all'insindacabile volontà dell'Amministrazione finanziaria, ma è destinatario di una serie di istituti (la tutela del legittimo affidamento, la trasparenza e la buona fede) che lo equiparano all'Ente finanziario.

Il fatto stesso che l'istituto di cui trattasi abbia subito una evoluzione (da interpello speciale a generalizzato per poi diventare diritto di interpello), nell'immaginario collettivo lo strumento non è più considerato elitario, ma di massa, testimonia come esso abbia assunto un'importanza notevole nel corso degli anni.

Se da principio, concepito come rimedio speciale a determinate fattispecie, l'istituto partì in sordina, con la generalizzazione ad opera dello statuto dei diritti del contribuente, assistiamo ad un'inversione di tendenza con un notevole successo dell'interpello. Concepito dal legislatore come strumento deflattivo del contenzioso (o come rimedio al rischio della doppia imposizione²⁸), si è dimostrato nel corso degli anni, un istituto di consulenza giuridica, con la creazione di un maggior dialogo tra Fisco e contribuente, assicurando a quest'ultimo, la tutela del legittimo affidamento.

All'interno dello Statuto del contribuente, sia nella vecchia che nella nuova versione, sicuramente l'interpello è l'istituto che forse più di ogni altro ha rivoluzionato i meccanismi applicativi dei tributi. Sappiamo già che esso nasce sotto la spinta di esigenze di tutela del contribuente, del suo diritto ad affidarsi, in situazioni di incertezza, alla cautelativa conoscenza della posizione assunta dall'Amministrazione. Una rivoluzione copernicana all'interno della scansione dialettica fisco-contribuente, che, anticipando l'intervento dell'Amministrazione rispetto alla formazione dell'atto del contribuente, fa venir meno l'intervento del controllo della dichiarazione. Si realizza in questo modo, con nuove geometrie relazionali, la funzione di accertamento tributario, intesa come cura dell'interesse pubblico alla rappresentazione completa e fedele della fattispecie dell'imposizione ed alla sua corretta qualificazione. La decisione dell'Amministrazione, cui il contribuente ritenga di attenersi, porta a rendere, de facto, sicuro e saldo il regime del rapporto obbligatorio. Solidità e sicurezza in caso contrario raggiungibili solo in un secondo tempo all'adempimento del contribuente, con maggior dissipazione di risorse da parte del fisco e per il tramite di un atto, la rettifica della dichiarazione, strutturalmente repressivo; quindi con un'efficacia intrinsecamente minore rispetto a quella che si collega ad una scelta condivisa. Per converso, anticipando la rettifica, l'interpello ne elimina le conseguenze pregiudizievoli per il contribuente. Nel backstage di tale rapporto, si mettono in scena, dunque,

²⁷ S. SAMMARTINO, *op. cit.*, p. 138. La Suprema corte ha da tempo chiarito che in materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici: tale principio trova fondamento, in materia di tributi non armonizzati (nella specie, imposte dirette), nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione sanciti dall'art. 53, e non contrasta con il principio della riserva di legge sancito dall'art. 23, non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali. Esso comporta l'inopponibilità del negozio all'amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione (Cass. Sezioni Unite 23 dicembre 2008 n° 30055). Con la sentenza n° 3938 del 2014, la Suprema Corte ha precisato che in materia tributaria, l'operazione economica che abbia quale suo elemento, anche se non unico, ma predominante ed assorbente, lo scopo elusivo del fisco, costituisce condotta abusiva, ed è, pertanto vietata allorché non possa spiegarsi altrimenti (o, in ogni caso, in modo non marginale) che con il mero intento di conseguire un risparmio di imposta, incombendo, peraltro, sull'Amministrazione finanziaria la prova sia del disegno elusivo che delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturale

²⁸ Con la disciplina del *ruling* internazionale si sviluppa una importante collaborazione e dialogo tra Amministrazione finanziaria e contribuente volta a deflazionare l'eventuale contenzioso dall'esito incerto ed evitare il rischio della doppia imposizione.

non solo i diritti di garanzia del contribuente ma anche la funzione pubblica di accertamento. I due profili non obbligatoriamente si contrappongono ma, invece, tendono ad armonizzarsi nel segno di una evoluzione dell'accertamento tributario sempre più esclusivamente incentrata sul puntuale e corretto adempimento dell'obbligo di dichiarazione, oggi ottenibile anche con il positivo concorso del fisco. Quindi, potremmo affermare che quanto più il contribuente può far assegnamento sul comportamento dell'Amministrazione tanto più sul suo comportamento è dato fare affidamento ai fini dell'attuazione del rapporto d'imposta. L'assicurazione che qui si rileva non è un effimero riflesso del principio di imparzialità e quindi del divieto di comportamento dell'Amministrazione, contrastante con quelli sul quale il contribuente si è affidato, ma rappresenta l'esigenza di attivare la funzione pubblica per pervenire alla certezza applicativa. Del resto, anche in ambito comunitario la tutela del legittimo affidamento rappresenta un corollario del principio di certezza del diritto; principio che impone di evitare che i soggetti passivi non versino nell'incertezza incolpevole quanto alla individuazione dei loro obblighi. Quindi, per soddisfare l'esigenza di tutela dell'affidamento del contribuente occorre rimuovere l'incertezza; il diritto all'interpello e la vincolatività per l'Amministrazione del suo responso, rendendo certa fra le parti la qualificazione delle fattispecie, consentono di pervenire a questo risultato e dunque, al contempo, attuano la relativa porzione dell'accertamento tributario. Questa impostazione non avrebbe tuttavia senso se l'interpello fosse rimasto un istituto astratto, estraneo alla prassi e, quindi, con mera funzione di garanzia del soggetto passivo in casi eccezionali. Ma migliaia di pronunce rese indicano il contrario: esso è penetrato significativamente nel meccanismo di concreta attuazione dei tributi. Migliaia di risposte ad interpelli²⁹ equivalgono, almeno astrattamente, ad altrettante rettifiche in meno; il baricentro della fase di accertamento anche in tal modo tende sempre di più a stabilizzarsi sulla dichiarazione schiudendo prospettive, forse non imminenti ma neppure irraggiungibili, di ulteriori aperture dell'ordinamento a forme di valutazione anticipata e condivisa del modo d'essere dell'obbligazione d'imposta. Il cammino che in tale direzione l'interpello può aiutare a percorrere dipende, peraltro, dal congruo apprezzamento degli effetti di questo istituto, nell'intreccio fra tutela dell'affidamento, corretta applicazione delle sanzioni, salvaguardia del potere di rettifica in

capo al fisco. Aspetti, questi, che pregiudizialmente rimandano alla individuazione dei presupposti per l'applicazione dell'istituto e, correlativamente, alla natura che esso riveste.

²⁹ È pacifico che il parere espresso dall'Amministrazione finanziaria non ha valore *erga omnes*. Tuttavia, un parere emesso per un contribuente non significa che lo stesso non possa essere richiamato da altro contribuente o dalla stessa Amministrazione per casi analoghi. Ciò comporta quindi, che gli innumerevoli pareri possano costituire una casistica, idonea ad influenzare i comportamenti dei soggetti nell'assumere una posizione rispetto ad un'altra.

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Accertamento – Accertamento integrativo – Nuovi elementi – Necessità – Documenti extracontabili – Ri-valutazione dei documenti contabili – Ammissibilità

La possibilità per l'amministrazione finanziaria di integrare o modificare un precedente accertamento è subordinata alla sussistenza di elementi connotati da novità, i quali devono essere non soltanto non conosciuti, ma anche non conoscibili dall'Amministrazione al momento del precedente accertamento. Difatti, l'Amministrazione non può valutare in modo diverso, e in un secondo momento, dati e documenti di cui era già in possesso. Tuttavia, la Corte chiarisce che l'avviso di accertamento integrativo – artt. 43 del D.P.R. 600/1973 e 57 del D.P.R. 633/1972 – può essere legittimato sia da documenti extracontabili ritrovati in occasione di una seconda verifica della Guardia di Finanza che da una diversa valutazione delle risultanze contabili in precedenza esaminate, sempre che per detti elementi ricorra il requisito della novità tale da condurre a conclusioni investigative diverse e non ipotizzabili in precedenza e sia stata fornita la chiara indicazione della fonte dalla quale sono stati acquisiti.

Cass., sez. V, 13 settembre 2017, n. 21237 - Pres. A. Cappabianca, rel. I. Tricomi

Cause di forza maggiore in materia tributaria e fiscale – Sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie – Cause di non punibilità – Art. 6, d.lgs. n. 472/1997

Il concetto di forza maggiore, richiamato nell'articolo 6 del D.lgs. n. 472/1997 tra le cause di non punibilità, deve essere interpretato alla luce della consolidata giurisprudenza comunitaria. Occorre, dunque, indagare sulla sussistenza di un elemento oggettivo, relativo alle circostanze anormali ed estranee all'operatore, e di un elemento soggettivo, costituito dall'obbligo dell'interessato di premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale, adottando misure appropriate senza incorrere in sacrifici eccessivi (Corte di Giustizia CE C/314/06). Devono sussistere circostanze anomale ed imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto evitarsi malgrado l'adozione di tutte le precauzioni d'uso, in quanto la forza maggiore assurge ad esimente solo quando il soggetto è costretto a commettere una violazione a causa di un evento imprevisto, imprevedibile ed irresistibile, nonostante tutte le cautele adottate. Nel caso di specie, dunque, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza della Commissione Tributaria della Lombardia, che aveva rinvenuto una causa di forza maggiore nella temporanea mancanza di liquidità di una società conseguente a diversi contenzioni di rilevante contenuto economico, senza, però, procedere ad una indagine sull'imprevedibilità degli eventi che avevano impedito il pagamento dei tributi e sull'adozione di idonee precauzioni volte ad evitare la situazione venutasi a creare.

Corte Cass., sez. V, 22 settembre 2017, n. 22153, Pres. D. Chindemi, rel. G. Cinque

Riduzione Tarsu – Emergenza rifiuti – Evasione – Equilibrio costi

La questione posta all'attenzione della Cassazione nasce dalla richiesta dell'Hotel Britannique di Napoli di farsi riconoscere il diritto ad uno "sconto" del 40% sulla Tarsu del 2008, anno in cui l'emergenza rifiuti aveva arrecato un danno all'immagine dell'albergo agli occhi dei turisti. La conclusione alla quale i Giudici sono pervenuti è che i contribuenti hanno diritto alla riduzione della tassa o della tariffa rifiuti anche se il disservizio non è responsabilità diretta del Comune. Più di una pronuncia delle commissioni tributarie escludevano ogni responsabilità del Comune di Napoli per i disservizi, affermando quindi che lo sconto non era dovuto. Il lavoro della Suprema Corte va oltre il caso specifico e fissa un principio replicabile in molte situazioni. La Cassazione ribalta la prospettiva asserita dai precedenti organi di giurisdizione per una ragione semplice. La Tarsu si applica per pagare un servizio, che va svolto secondo le regole: se il servizio non c'è, va riconosciuto lo sconto previsto dalla legge. La riduzione, spiega l'ordinanza, non è una sanzione per l'amministrazione comunale inadempiente, ma serve a ripristinare un tendenziale equilibrio fra quanto si paga ed i costi del servizio effettivamente reso.

Cass. civ., sez. V, 27 Settembre 2017, ord. n. 22531 - Pres. D. Chindemi, rel. G.M. Stalla

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Dir. 79/1072/CEE – Dir. 2006/112/CE- Imposta sul valore aggiunto – Importazioni – Rimborso dell'IVA versata sui beni importati – Presupposti – Mancata realizzazione delle operazioni successive all'importazione – Neutralità IVA

La Direttiva 79/1072/CEE in combinato disposto con la Direttiva 2006/112/CE, osta a che uno Stato membro possa negare il diritto al rimborso dell'IVA versata in sede di importazione di beni ad un soggetto passivo avente la residenza in un altro Stato membro in ragione della mancata realizzazione dell'operazione che aveva originato l'importazione. Nel caso di specie, una società tedesca nell'ambito di un contratto di fornitura stipulato con una società austriaca, aveva importato dei beni dalla Turchia verso la Romania, ivi versando l'imposta sul valore aggiunto nonostante l'esecuzione del contratto fosse stata sospesa su richiesta dell'acquirente a seguito del versamento di un primo anticipo. La successiva richiesta di rimborso dell'IVA versata allo Stato rumeno veniva negata dall'amministrazione finanziaria rumena stante la sospensione e la conseguente mancata esecuzione del contratto. La Corte di Giustizia, interpellata sul punto ha chiarito che il diritto a detrazione sorge nel momento in cui l'imposta diviene esigibile, ossia all'atto dell'importazione e che una volta sorto, rimane acquisto. Pertanto, al di fuori di circostanze fraudolente o abusive, se al momento dell'importazione sussistono i requisiti soggettivi ed oggettivi per poter esercitare il diritto, i fatti successivi alla stessa devono essere considerati come irrilevanti e non in grado di incidere sulla neutralità dell'imposta.

CGUE, settembre 2017, C-441/16, *SMS group GmbH c. Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București*.

Regime forfetario – IVA – Neutralità – Regime semplificato – Semplificazione amministrativa

Non può essere considerato contrario al diritto dell'Unione il fatto che un produttore agricolo che beneficia del regime forfetario ottenga, come nel caso di specie, compensazioni dell'Iva più elevate dell'importo dell'Iva a monte che avrebbe potuto detrarre se fosse stato assoggettato a tale imposta secondo il regime normale o il regime semplificato di imposizione. Non serve invocare il principio di neutralità dell'Iva, poiché il regime forfetario non può garantire una perfetta neutralità dell'Iva, proprio in quanto detto regime è volto a conciliare tale obiettivo con quello della semplificazione delle norme cui gli agricoltori forfettari sono soggetti. Il regime forfetario è un regime derogatorio che costituisce un'eccezione al regime generale della direttiva Iva. Tra gli obiettivi assegnati a tale regime rientra quello relativo all'esigenza di semplificazione amministrativa per gli agricoltori interessati, che deve essere conciliato con quello della compensazione dell'onere dell'Iva, sopportato a monte da tali agricoltori nell'acquisto di beni utilizzati ai fini delle loro attività.

CGUE, 12 ottobre 2017, C-262/2016, *Shields & Sons Partnership c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*.

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA 1046
di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli

a cura di
Michele Corleto
Ricercatore di Diritto Internazionale

Celeste Pesce
Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Francesco Romanelli
Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

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

DIRITTO INTERNAZIONALE

Articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Trascrizione di un atto di nascita ottenuto in Usa – Maternità surrogata – Adozione – Diritto al rispetto della vita privata e familiare

La Cassazione francese interviene sulla trascrizione di un atto di nascita ottenuto in Usa dando il via libera, seppure in modo parziale con riguardo unicamente al padre e non alla madre, alla trascrizione di un atto di nascita ottenuto all'estero a seguito di maternità surrogata. Tutelare, infatti, l'interesse superiore del minore richiede che sia trascritto sui registri di stato civile francese l'atto di nascita regolarmente formatosi all'esterno.

Corte di cassazione francese, prima sezione civile, sentenza n. 824 del 5 luglio 2017.

La Corte di cassazione francese, I sez. civ., con la sent. n. 824 del 5 luglio 2017 ha dato il via libera, seppure in modo parziale, alla trascrizione di un atto di nascita ottenuto all'estero a seguito di maternità surrogata.

In particolare, la Suprema Corte ha ammesso la trascrizione con solo riguardo alla designazione del padre escludendo, invece, la madre non biologica. La coppia, di cittadinanza francese, aveva avuto due figlie in California facendo ricorso alla maternità surrogata e aveva chiesto la trascrizione dell'atto di nascita nel registro di stato civile consolare, ma il Procuratore della Repubblica si era opposto ed il Tribunale di Nantes aveva condiviso la sua posizione. La vicenda è poi arrivata in Cassazione.

La legge francese – osserva la Suprema Corte – vieta la maternità surrogata, divieto che non è in sé incompatibile con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che assicura il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Detto questo, però, va tenuto conto che l'interesse superiore del minore richiede che sia trascritto sui registri di stato civile francese l'atto di nascita regolarmente formatosi all'esterno.

Pertanto, proprio alla luce di tale principio, la Cassazione non ha condiviso la scelta del Tribunale di grande istanza di Nantes che aveva negato la trascrizione e ha disposto la trascrizione parziale con riguardo unicamente al padre e non alla madre.

Questa scelta, per la Suprema Corte non comporta una compromissione sproporzionata all'indicato diritto garantito dalla Convenzione perché il minore continua a vivere in famiglia e l'unico limite è che non ha un certificato di nascita francese. Senza dimenticare la possibilità di ricorrere all'adozione.

Libertà di stampa – Diritto della collettività a ricevere informazioni generali – Tutela delle fonti – Diritto alla libertà di espressione – Articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Il giornalista ha diritto a non svelare la propria fonte e a non comunicare i propri contatti anche quando la stessa fonte dichiara di aver fornito il materiale allo stesso giornalista/reporter.

Corte europea dei diritti umani, ricorso n. 21272/12, caso Becker contro Norvegia, sentenza depositata il 5 ottobre¹.

¹ I testi integrali delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sono consultabili, in lingua francese ed inglese, sul portale: www.hudoc.echr.coe.int

La Corte europea dei diritti dell'uomo blinda la protezione delle fonti dei giornalisti. Se sul piano nazionale, in diversi Stati, la libertà di stampa subisce attacchi e se l'Italia è particolarmente inerte nell'adeguarsi agli standard internazionali, dinanzi alla Corte di Strasburgo i giornalisti ricevono una tutela rafforzata tenendo conto che i reporter non solo esercitano il proprio diritto alla libertà di espressione ma permettono la realizzazione del diritto della collettività a ricevere informazioni di interesse generale. Questa volta la protezione riguarda la tutela delle fonti. La Corte europea, infatti, con la sentenza depositata il 5 ottobre nel caso *Becker contro* ha blindato i giornalisti che hanno diritto a non svelare l'identità della propria fonte e a non comunicare i propri contatti anche quando la stessa fonte dichiara di aver fornito il materiale al *reporter*.

Una conclusione, la prima di questo genere, che colloca la tutela delle fonti in un contesto più ampio perché, in via di fatto, afferma il diritto del giornalista a non svelare particolari sulla propria attività, anche con riguardo ad indagini penali.

Questi i fatti.: una giornalista, che curava la versione online di un quotidiano norvegese, aveva pubblicato un articolo su una società per azioni mettendo in dubbio la liquidità della società. Il titolo della società, all'indomani dell'articolo, era crollato in borsa ed era emerso che le notizie contenute nell'articolo provenivano da una lettera che il signor X aveva consegnato al giornalista e che mostrava le difficoltà della società petrolifera norvegese.

Era iniziato un procedimento penale nei confronti di colui che aveva spedito la lettera, conclusosi con la condanna per manipolazione del mercato.

Il procuratore aveva convocato la giornalista chiedendole di illustrare i suoi contatti con la fonte, ma la professionista si era rifiutata di farlo ed era stata condannata a versare 3.700 per non aver collaborato con la giustizia.

Di qui l'azione alla Corte europea dei diritti umani che ha dato ragione su tutta la linea alla giornalista. È evidente – osserva Strasburgo – che si è verificata un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione della reporter, garantito dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nel caso in esame, le autorità nazionali non avevano ordinato alla giornalista di svelare la fonte, ma l'avevano interrogata per verificare se aveva avuto contatti con la fonte che aveva già dichiarato di aver consegnato il materiale controverso al giornalista.

Strasburgo ha precisato che anche nei casi in cui una fonte agisce in cattiva fede, svelando al giornalista informazioni per fini illeciti, la tutela delle fonti dei giornalisti deve essere assicurata perché la condotta della fonte non influisce sul diritto del giornalista.

Così – afferma la Corte – la protezione del giornalista in base all'art. 10 «non può essere automaticamente rimossa per la condotta della fonte». A ciò si aggiunga che la protezione del diritto del giornalista va assicurata anche quando l'identità della fonte è già conosciuta dalle autorità d'indagine.

Nel caso in esame, ad avviso della Corte, le autorità nazionali non hanno considerato, badando solo all'indagine nei confronti di colui che aveva spedito la lettera, che se un giornalista collabora svelando la fonte o fornendo particolari sui suoi contatti, questo produce un *chilling effect* sulla libertà di stampa perché altre fonti potrebbero essere intimorite e non collaborare più con il giornalista. E questo anche quando la fonte ha già svelato la propria identità. Di qui la condanna alla Norvegia e l'obbligo per lo Stato in causa, malgrado il giornalista non avesse richiesto alcun indennizzo, di rimborsare al cronista la multa pagata pari a 3.700 euro.

Protocollo del 1979 alla Convenzione delle Nazioni – Legge n. 215/2012 – Promozione del riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali – Decreto legislativo. 15 dicembre 2015 n. 212 – Direttiva n. 2012/29 del 25 ottobre 2012

L'Italia fa poco per la lotta agli stereotipi nei confronti delle donne e per fronteggiare l'hate speech perché, soprattutto in politica, le donne continuano ad "essere oggetto di attacchi sessisti".

Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, osservazioni conclusive relative al VII rapporto periodico sull'Italia presentato nella 67° sessione.

Lo scrive il Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne istituito dal Protocollo del 1979 alla Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 18 dicembre 1979 (ratificata con legge 14 marzo 1985 n. 132) nelle Osservazioni conclusive relative al VII rapporto periodico sull'Italia presentato nella 67esima sessione.

Certo – scrive il Comitato – guardando indietro, alle osservazioni presentate in occasione del VI rapporto, l'Italia ha fatto passi avanti, tra l'altro con la l. 215/2012 sulla promozione del riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali, con il d. lgs. 15 dicembre 2015 n. 212 di recepimento della direttiva 2012/29 del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, nonché con la l. n. 120/2011 contenente modifiche

al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati, ma permane una situazione di svantaggio per le donne.

Critiche poi per le misure di austerità. Sono le donne a pagare un prezzo alto per i tagli ai servizi sociali e pubblici decisi dalle autorità nazionali italiane per combattere la crisi economica. Sul punto il Comitato ha chiesto all'Italia di predisporre uno studio sui tagli per accertare l'esistenza di effetti sproporzionati sulle donne. Non solo. Necessario verificare l'esistenza di disparità regionali sulla qualità dei servizi. Per le donne migranti, il Comitato, riconoscendo gli sforzi compiuti dall'Italia per i salvataggi in mare e bacchettati gli altri Stati membri dell'Unione europea che nulla hanno fatto per "alleggerire gli sforzi compiuti" dall'Italia, ha chiesto al Governo di intervenire sul sovraffollamento dei centri di accoglienza e di rispettare rigorosamente il principio di *non refoulement* per tutte le donne che hanno bisogno di protezione internazionale.

Critiche e forti preoccupazioni per la violenza sulle donne, inclusa quella domestica. Sul punto, il Comitato ha chiesto una particolare attenzione all'utilizzo di strumenti di mediazione e di conciliazione che possono costituire un ostacolo all'accesso alla giustizia in tutti i casi di violenza di genere. Troppi, poi, i casi di impunità.

Il Governo dovrà anche indicare, nell'VIII rapporto da consegnare entro luglio 2021, le misure adottate per aumentare le strutture a protezione delle donne. L'Italia, poi, resta indietro rispetto ad altri Paesi: le donne continuano ad essere sottorappresentate in Parlamento, nei consigli regionali, nelle posizioni di vertice dell'apparato giudiziario, della diplomazia e nei consigli di amministrazione. Sul fronte occupazionale resta molto alto il numero di donne disoccupate, molto più elevato rispetto a quello degli uomini.

Divieto di trattamenti inumani e degradanti – Articolo 3 Convenzione europea dei diritti – Maltrattamenti commessi da agenti della polizia municipale

Maltrattamenti commessi da agenti della polizia municipale ed assenza di indagini adeguate da parte delle autorità nazionali hanno determinato la condanna dell'Italia decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha accertato una nuova violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea che vieta i trattamenti inumani e degradanti.

Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 21759/15, Case of Tiziana Pennino v. Italy, sentenza depositata il 12 ottobre 2017

Maltrattamenti commessi da agenti della polizia municipale. Assenza di indagini adeguate da parte delle autorità nazionali.

Di qui la condanna all'Italia decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza depositata il 12 ottobre con la quale Strasburgo ha accertato una nuova violazione dell'art. 3 della Convenzione europea che vieta i trattamenti inumani e degradanti.

A rivolgersi ai giudici internazionali, una donna fermata da agenti della polizia municipale perché sospettata di guida in stato di ebbrezza. Condotta nella stazione della polizia municipale, secondo la sua ricostruzione, aveva subito maltrattamenti che le avevano procurato una frattura al pollice e altre contusioni. Era scattata la denuncia, ma il giudice per le indagini preliminari aveva accolto la richiesta del procuratore e deciso di chiudere il procedimento con non luogo a procedere. Così, la decisione di rivolgersi alla Corte europea che ha dato ragione alla ricorrente, condannando l'Italia a versare alla vittima 12mila euro per i danni non patrimoniali e 8mila per le spese sostenute.

Diverse le violazioni commesse dall'Italia: le autorità nazionali – ha osservato la Corte – hanno l'obbligo di proteggere le persone che subiscono limitazioni della libertà personale e, nei casi in cui vi siano denunce per maltrattamenti, di assicurare lo svolgimento di indagini adeguate e accurate per verificare i fatti. Così non era stato nel caso in esame. Non solo. Nei casi in cui viene contestata la violazione dell'art. 3 e la vittima si trova sotto il controllo di autorità di polizia, spetta allo Stato in causa «fornire una spiegazione soddisfacente e convincente circa le circostanze nelle quali si sono verificate le lesioni» e dimostrare che l'uso della forza è stato limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla condotta delle vittime. E questo tenendo conto che le persone che sono in custodia della polizia o che sono semplicemente condotte in una stazione di polizia per un controllo sono in una situazione di particolare vulnerabilità. Se ciò non si verifica, lo Stato viene meno agli obblighi positivi imposti dall'art. 3 che, per di più, richiedono che gli Stati garantiscano che il proprio personale agisca in modo professionale. Nel caso in esame, secondo Strasburgo, il Governo non ha dimostrato la necessità dell'uso della forza, trincerandosi unicamente dietro lo stato di agitazione della donna. Sono poi mancate indagini complete, richieste in tutti i casi in cui è in gioco una violazione dell'art. 3 e, d'altra parte, lo stesso Governo in causa, per i fatti avvenuti all'interno della stazione di polizia, ha solo mostrato un rapporto degli stessi agenti della polizia municipale.

Un ulteriore tassello, poi, che getta ombre sulla completezza delle indagini è la circostanza – sottolineata dalla Corte – che la richiesta di archiviazione del procuratore aveva una motivazione molto succinta e scritta in modo standardizzato. Stesse critiche per la decisione del giudice che non ha motivato il no alla richiesta della vittima circa lo svolgimento di indagini supplementari. Di qui la conclusione che l'Italia ha violato l'art. 3 sia per gli aspetti sostanziali sia per quelli procedurali.

Libertà di stampa – Articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto al rispetto della vita privata – Tutela della reputazione – Ritiro della pubblicazione di testi diffusi online

Gli archivi dei giornali sono un bene da proteggere necessari per le ricerche storiche e per il valore educativo che rivestono: la Corte europea blocca le ingiunzioni di rimozione in contrasto con un interesse pubblico, come il coinvolgimento di un imprenditore in attività illecite.

Corte europea dei diritti umani, ricorso n. 71233/13, case of Fuschmann v. Germany, sentenza depositata il 19 ottobre 2017.

Beni da proteggere, necessari per le ricerche storiche e per il valore educativo che rivestono, sono da considerare gli archivi dei giornali disponibili online che la Corte europea dei diritti dell'uomo protegge dalle ingiustificate richieste di rimozione.

Con la sentenza depositata il 19 ottobre, Strasburgo ha stabilito l'importanza degli archivi e ha ritenuto conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo la scelta delle autorità nazionali di tutelare gli archivi rispetto alle istanze di ricorrenti che si ritengono lesi nel diritto alla reputazione e che chiedono il ritiro della pubblicazione di testi diffusi online.

È stato un uomo d'affari ucraino a rivolgersi alla Corte. Il manager, residente in Germania, era stato citato in un articolo del New York Times nel quale il giornalista aveva evidenziato i rapporti con la criminalità. Sul piano interno, il manager non aveva ottenuto alcun seguito alle sue istanze.

Si è così rivolto alla Corte europea ritenendo che la Germania avesse violato l'articolo 8 della Convenzione che assicura il diritto al rispetto della vita privata nel quale è inclusa la tutela della reputazione. La Corte europea ha evidenziato la gravità delle accuse mosse all'imprenditore, ma ha ritenuto che tra la libertà di stampa e il diritto alla reputazione andasse privilegiata la prima perché l'articolo aveva al centro una questione di interesse pubblico come il coinvolgimento di un imprenditore in attività illecite.

La Corte ha poi considerato corretto il comportamento del giornalista che ha indicato nominativamente l'uomo coinvolto. Questo anche perché, pur non trattandosi di un politico, il manager di una grande azienda deve essere qualificato come personaggio pubblico il quale deve mettere in conto di essere sotto i riflettori dei media.

Nel valutare il comportamento del giornalista la Corte ha accertato il pieno rispetto delle regole professionali perché il cronista ha valutato l'autorevolezza delle fonti, svolto ricerche prima della pubblicazione, dando all'imprenditore l'opportunità di fornire la propria versione. La notizia, quindi, aveva una base fattuale sufficiente e l'articolo era privo di insinuazioni e di dati sulla vita privata.

Sul no opposto dai tribunali tedeschi alla richiesta dell'imprenditore di cancellazione dell'articolo dall'archivio del quotidiano, la Corte dà ragione ai giudici nazionali che hanno respinto l'istanza malgrado lo scritto fosse reperibile tramite i motori di ricerca. Questo proprio tenendo conto del valore degli archivi dei quotidiani che contengono informazioni su questioni di interesse per la collettività e che costituiscono – scrive Strasburgo – una fonte importante per le ricerche storiche e per il valore educativo, tanto più perché sono generalmente accessibili al pubblico gratuitamente. Così, la Corte ha dato ragione alla Germania perché i giudici nazionali hanno deciso rispettando i parametri della Corte europea in materia di libertà di stampa, tutelando pienamente il giornalista.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Revoca della patente di guida *ex art.* 120 del Codice della Strada; «droghe leggere» e «droghe pesanti». 1052
di Gaetano Albanese

DIRITTO PENALE

Il risarcimento *ex art.* 35-*ter* ord. penit. si applica anche in stato di custodia cautelare. 1056
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sulle condizioni di ammissibilità del ricorso collettivo proposto innanzi al Giudice amministrativo. .. 1063
di Elia Scafuri



Diritto civile

Revoca della patente di guida ex art 120 del Codice della Strada; «droghe leggere» e «droghe pesanti».

abstract

The article 120, clause 2, D.lgs n. 285/1992, provides that the revocation of the driving licence is a required procedure by Public administration, that hasn't to justify archaic about social dangerous of the person concerned.

keywords

Revocation of the driving licence – Article 120, clause 1 and 2. D.lgs n. 285/1992 – Condamnation according to article art. 73 D.P.R. 309/90.

abstract

L'art. 120 C.d.S., comma 2 prevede che la revoca della patente di guida, a seguito di condanna per i reati di cui agli articoli 73 e 74 D.P.R. N. 309/1990, è un atto dovuto e vincolato dell'autorità amministrativa, la quale non deve motivare alcunché in ordine alla pericolosità sociale dell'interessato.

parole chiave

Revoca patente di guida – Art. 120, commi 1 e 2, decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 – Condanna ex art. 73 D.P.R. 309/90.

L'articolo 120 del Codice della strada¹ (di seguito C.d.S.), come modificato dall'art. 3, comma 52, legge n. 94/2009², prevede che la condanna per i reati di cui agli articoli 73 e 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (ossia i delitti di detenzione o spaccio di sostanze stupefacenti) sia motivo, «in ragione della sopravvenuta perdita dei requisiti morali», di revoca della patente di guida, purché non siano trascorsi oltre tre anni dalla data di applicazione delle misure di prevenzione, o da quella del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per tali reati.

Stando al tenore letterale dell'art. 120 C.d.S., 2 comma³, la revoca dovrebbe essere disposta automati-

camente, senza possibilità alcuna di valutazione discrezionale, dal Prefetto il cui provvedimento si configurerebbe, pertanto, come atto dovuto e vincolato della Pubblica amministrazione⁴ sia nei presupposti (dati dall'esistenza di una sentenza penale di condanna per cessione e detenzione di qualsivoglia tipo di sostanze stupefacenti) sia nel contenuto (inteso come ostatività all'utilizzazione della patente di guida).

Tale automatismo imposto al Prefetto ha dovuto, però, interfacciarsi con la recente evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato l'art. 73 D.P.R. 309/90 e che ne ha sensibilmente alterato l'essenza di fondo, nonché la struttura complessiva.

Il testo originario dell'art. 73⁵ era caratterizzato da una netta distinzione della risposta sanzionatoria a seconda che i reati ivi previsti avessero avuto ad oggetto le sostanze inserite nelle tabelle I e III (cd. «droghe pesanti»), ovvero quelle inserite nelle tabelle II e IV (cd. «droghe leggere»).

Anche per i fatti di lieve entità – per cui il comma 5 dell'art. 73 prevedeva una circostanza attenuante ad effetto speciale – vi era una diversa cornice edittale a seconda della tipologia di sostanza trattata.

La riforma operata nel 2005 con la cd. legge Fini-Giovanardi⁶ ha previsto solo due tabelle (tabella I unitaria per droghe leggere e pesanti, tabella II per medicinali e barbiturici con effetti corrispondenti) e, con riguardo al trattamento sanzionatorio, ha introdotto per tutte le condotte di cui all'art. 73, ivi compresa la fattispecie circostanziata di cui al comma 5, cornici edittali unitarie a prescindere dal tipo di sostanza.

La regolamentazione unitaria in materia di stupefacenti del 2005 ha successivamente subito un profondo

dall'articolo 75, comma 1, lettera a), del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, se le condizioni soggettive indicate al primo periodo del comma 1 del presente articolo intervengono in data successiva al rilascio, il prefetto provvede alla revoca della patente di guida. La revoca non può essere disposta se sono trascorsi più di tre anni dalla data di applicazione delle misure di prevenzione, o di quella del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati indicati al primo periodo del medesimo comma 1».

⁴ *Ex plurimis* T.A.R. Lombardia Milano sez III, 24-01-2014, n. 268.

⁵ Cd. legge Iervolino-Vassalli, prima delle modifiche apportate dal decreto-legge n. 272/2005, convertito dalla legge n. 49/2006.

⁶ Decreto-legge n. 272 del 2005 convertito nella legge n. 49/2006.

¹ Decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, entrato in vigore il 1° gennaio 1993.

² Legge 15 luglio 2009, n. 94 «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica» pubblicata nella *Gazz. Uff.* n. 170 del 24 luglio 2009.

³ Art. 120 comma 2 C.d.S. «Fermo restando quanto previsto

mutamento a seguito della declaratoria d'incostituzionalità (con la sentenza n. 32/2014) degli articoli 4-bis e 4-vicies ter del decreto-legge n. 272/05, quali inseriti, in sede di conversione, nella legge n. 49/2006. Tale pronuncia ha determinato la «reviviscenza» dell'art. 73 e delle relative tabelle, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni caducate.

In tale contesto normativo è infine intervenuto il decreto-legge n. 36 del 2014, convertito nella legge n. 79/2014, a seguito del quale l'assetto attuale della disciplina in materia di sostanze stupefacenti prevede un trattamento sanzionatorio differenziato per droghe pesanti e droghe leggere, conformemente alle indicazioni discendenti dalla riferita declaratoria d'incostituzionalità. Inoltre l'art. 73, comma 5⁷, configura attualmente una fattispecie autonoma di reato, e non più una circostanza attenuante ad efficacia speciale.

Secondo una parte della più recente giurisprudenza⁸ nello scenario aperto, dal ripristino, con efficacia *ex tunc*, della differenza sanzionatoria fra droghe pesanti e droghe leggere e dalla introduzione (in luogo della esistente circostanza attenuante) della nuova figura di reato – «Fatti di lieve entità» – *ex art. 73, comma 5*, l'ordinamento, ora, contiene elementi sufficienti a far ritenere superato l'automatismo dell'art. 120 del C.d.S., quantomeno per le ipotesi di reato che sono state direttamente investite dalle innovazioni normative (droghe leggere e fattispecie di lieve entità); automatismo che si poteva, affermare fin quando le fattispecie in materia di stupefacenti avevano una caratterizzazione unitaria e l'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90 non costituiva autonoma ipotesi di reato ma mera circostanza di reato.

Sul punto si è osservato⁹ che il rinvio dell'art. 120 C.d.S., all'art. 73, ha quale presupposto logico implicito la circostanza che le fattispecie penali richiamate siano espressione di un pari disvalore ai fini della revoca della patente di guida in sede amministrativa. La sussistenza di questa condizione era evidente nel 2009, quando il rinvio è stato inserito, perché il legislatore aveva unificato già dal 2005 in una sola figura di reato le violazioni relative a tutte le sostanze stupefacenti o psicotrope, con l'unificazione del trattamento sanzionatorio che si estendeva anche al fatto di lieve entità, previsto come circostanza attenuante dal comma 5 dell'art. 73.

Seguendo tale ragionamento, una volta caduto il carattere unitario della disciplina sanzionatoria penale, la modifica normativa, benché interna all'art. 73

⁷ Art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90 «Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000».

⁸ *Ex plurimis* T.A.R. Brescia sent. n. 187/2015 e n. 500/2015; Tribunale Civile di Brindisi, sent. del 29.7.2015 - R.G. n. 2772-1-2015; Tribunale Civile di Trento sent. del 5/10/2016.

⁹ In tal senso T.A.R. Brescia sent. n. 187/2015 e n. 500/2015.

del D.P.R. 309/1990, si rifletterebbe dinamicamente anche sull'art. 120 del C.d.S. con la conseguenza che il richiamo operato da tale norma all'art. 73 D.P.R. 309/1990 nel suo complesso, quale condizione ostativa all'acquisizione del titolo di guida o quale presupposto per la revoca, risulterebbe ormai del tutto generico e non conforme alla su esposta evoluzione normativa.

Secondo tale interpretazione, venendo in considerazione diritti a copertura costituzionale (libertà di circolazione, diritto al lavoro), nell'ipotesi di fatto di lieve entità o condanna per droghe leggere, se la pena inflitta in tale ultimo caso non superasse il massimo editale previsto per la fattispecie di lieve entità, l'Autorità amministrativa, prima di emettere il provvedimento di revoca, dovrebbe esaminare la posizione dell'interessato, tenendo conto non solo della condanna penale ma anche della sua condotta successiva e delle prospettive di reinserimento sociale, valutando, all'esito, se il persistente possesso della patente possa rappresentare uno strumento di riabilitazione o, all'opposto, un aggravamento della pericolosità sociale. Ciò perché la *ratio* del provvedimento *ex art. 120 C.d.S.* sarebbe quella di garantire la sicurezza pubblica, escludendo dalla conduzione dei veicoli coloro i quali siano ritenuti pericolosi, pericolosità che, in caso di condanna per un fatto di lieve entità, non può ritenersi presunta¹⁰.

In definitiva, secondo siffatto orientamento giurisprudenziale, ad oggi, il provvedimento di revoca, riferito alle cd. droghe leggere (nel caso in cui la pena in concreto applicata non superi il massimo editale della fattispecie di lieve entità) oppure alla condanna *ex art. 73, comma 5, DPR 309/90*, si configurerebbe non più come atto dovuto ma come atto discrezionale. La Prefettura dovrebbe, perciò, valutare in concreto, ai fini della revoca, la posizione dell'interessato, tenendo conto, oltre che della condanna penale, anche della condotta successiva e delle prospettive di reinserimento sociale.

Tale lettura dell'art. 120 C.d.S.,¹¹ è stata condivisa anche dal Tribunale di Trento con sentenza n. 939/2016. Con tale pronuncia è stato accolto un ricorso volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento di ritiro e revoca della patente di guida, adottato, ai sensi dell'art. 120 C.d.S., dal Commissario di Governo per Provincia di Bolzano, vista la sentenza *ex art. 444 c.p.p.*, divenuta irrevocabile, con la quale il Giudice delle Indagini Preliminari del Tribunale di Bolzano aveva condannato il ricorrente per il reato di cui all'art. 73 D.P.R. 309/90 alla pena di anni 1 di reclusione ed euro 3.000,00 di multa, con la sospensio-

¹⁰ Tribunale Civile di Brindisi, sent. del 29.7.2015 R.G. n. 2772-1-2015.

¹¹ L'automatismo della revoca opererebbe per le sole condanne relative alle droghe pesanti, rimettendo all'Autorità di pubblica sicurezza la valutazione in concreto della situazione nel caso di condanne per droghe leggere o quando sussista la fattispecie di lieve entità.

ne condizionale. Il ricorrente chiedeva la censura del provvedimento amministrativo, in quanto carente di motivazione e per erronea applicazione dell'art. 120 del C.d.S.

Costitutosi, il Ministero convenuto chiedeva il rigetto della domanda asserendo, in particolare, come il Provvedimento del Commissario del Governo fosse di natura vincolata, non avendo l'Autorità preposta alcun poter di apprezzamento discrezionale.

Il Tribunale di Trento ha osservato «come un automatismo della revoca della patente di guida era pensabile sulla base della normativa del 2005, che aveva appunto unificato le droghe pesanti con quelle leggere, non distinguendo il relativo trattamento sanzionatorio, mentre ad oggi, con la relativa distinzione, è necessario che si proceda da parte dell'Autorità amministrativa ad una valutazione volta a accertare se sussistano particolari condizioni del ricorrente – o dalla medesima sentenza di condanna – che denotino una pericolosità del medesimo e la necessità della revoca della patente considerato che la condanna per patteggiamento emessa nei confronti del sig. [...] atteneva a fattispecie di cui all'art. 73, comma 5 del D.P.R. 309/1990. Non risultando dal provvedimento impugnato che l'Autorità amministrativa avesse effettuato alcuna valutazione in tal senso, tale provvedimento, dunque, era censurabile per mancanza di una specifica motivazione in merito alla adottata revoca della patente, sulla base di una condanna per fatto che rientra tra quelli di lieve entità»; pertanto, concludeva il Tribunale di Trento, il provvedimento doveva essere annullamento in quanto illegittimo.

Avverso tale sentenza il Ministero dell'Interno proponeva appello; in particolare, la riforma della sentenza di primo grado veniva richiesta per errata applicazione, da parte del Giudice di prime cure, dell'art. 120, comma 2 del C.d.S.

Controparte costituitosi, chiedeva il rigetto dell'appello eccependo tra l'altro l'incostituzionalità dell'art. 120 C.d.S. in relazione all'art. 3 della Costituzione per avere accomunato indistintamente ai fini della medesima misura di revoca situazioni fra loro ipotesi attualmente differenziate dalla legge penale.

Il Giudice Appello, discostandosi in maniera netta, dal suo esposto orientamento giurisprudenziale, ha accolto, con sentenza n. 253/2017, l'appello proposto dal Ministero dell'Interno.

In particolare secondo la Corte di Appello di Trento «il disposto di cui al comma 2 dell'art. 120 C.d.S. non prevede che l'autorità governativa debba motivare alcunché in tema di pericolosità sociale dell'interessato, trattandosi di attività vincolata che non esprime esercizio di discrezionalità amministrativa, ma è un atto dovuto, nel concorso delle condizioni stabilite all'uopo dalla norma. Pertanto alcun obbligo di motivazione è rinvenibile in capo all'autorità amministrativa, la quale è tenuta solo ad accertare l'effettiva

ricorrenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento che nel caso di specie sono stati ritenuti pacificamente sussistenti».

In merito, invece, alla prospettata questione di legittimità costituzionale il Giudice dell'Appello le ha ritenute tutte manifestamente infondate. In particolare, con riferimento all'asserito contrasto dell'art. 120 del d.lgs. n. 285 del 1992 con l'art. 3 Cost., ha rilevato come sulla questione si fosse già pronunciato il Consiglio di Stato con sent. 3791/2015, nella quale si è affermato che «ove si consideri la ragione d'essere sottesa alla disciplina di cui all'art. 120, commi 1 e 2, C.d.S. – che è quella di prevenire la commissione di reati, nella specie di spaccio e trasporto di sostanze stupefacenti con l'agevolazione dell'utilizzo di veicoli, oltretutto il pericolo alla sicurezza della circolazione per la guida da parte di soggetti in rapporto di contiguità con organizzazioni criminali che controllano il mercato delle sostanze stupefacenti – è agevole rilevare che l'*eadem ratio* ricorre sia nelle ipotesi di condanna per fatti che si qualificano per la lieve entità qualitativa e quantitativa delle sostanze, sia per quelle in cui detta condizione non ricorra. Viene, quindi, meno ogni ipotizzata violazione del criterio di proporzionalità della misura ai presupposti accertati e di violazione dell'art. 3 della Costituzione per aver accomunato agli effetti della revoca della patente fattispecie fra loro non omogenee»¹².

Siffatte argomentazioni sono state fatte proprie dalla Corte di Appello di Trento, che per l'effetto, ha ritenuto non censurabile la scelta di ricorrere, per situazioni differenti, al meccanismo dell'automatismo della revoca della patente di guida.

Privo di rilievo è stato ritenuto, infine, il riferimento, fatto dall'appellato, alla sentenza della Corte Costituzionale n. 32 d.l. 2014 che ha, di fatto, eliminato la distinzione tra droghe leggere e droghe presenti giacché, secondo il Giudice del gravame, le precisazioni operate dalla Corte Costituzionale riguardano specificamente la sede penale ma non rilevano in sede amministrativa e quindi ai fini dell'applicazione del predetto art. 120 del C.d.S.¹³

Con la pronuncia in esame la Corte di Appello di Trento ha aderito a quel filone giurisprudenziale e dottrinale secondo cui le modifiche che in questi anni hanno interessato l'art. 73 D.P.R. 309/1990, non hanno determinato alcun superamento dell'automatismo ex art. 120 C.d.S. L'Autorità amministrativa, pertanto, nel disporre la revoca della patente, trattandosi sempre di attività vincolata, non deve motivare alcunché, ma solo constatare l'esistenza dei presupposti previsti dalla legge. Ad avviso di tale orientamento giurisprudenziale, il legislatore, lasciando inalterato il testo dell'art. 120 C.d.S. ha dimostrato, al contrario, la volontà di

¹² Cons. Stato, sent. 3791/2015.

¹³ In tal senso Cons. Stato sentenza n. 3673/2017.

mantenere la revoca vincolata in tutte le ipotesi di condanne per i reati di cui agli articoli 73 e 74 decreto del Presidente della Repubblica n. 309/90 e di non aver attribuito alcuna rilevanza alla diversa gradazione complessivamente delineato dall'art. 73 del D.P.R. 309/1990.

Concludendo, è evidente come la sentenza della Corte di Appello di Trento riflette il forte contrasto interpretativo e applicativo, esistente in giurisprudenza, circa l'art. 120 C.d.S., commi 1 e 2; contrasto acuito dalla circostanza che diversi Giudici di merito dubitando della legittimità costituzionale dell'automatico del ritiro della patente in presenza di una condanna per i reati concernenti gli stupefacenti, dopo le modifiche all'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 hanno prospettato la questione di legittimità costituzionale¹⁴ dell'art. 120 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285.

Non resta dunque che attendere la decisione dei Giudici della Corte Costituzionale.

¹⁴ *Ex multis* ordinanza del 17 dicembre 2015 del T.A.R. Friuli-Venezia Giulia; Ordinanza del 30 marzo 2017, n. 97 e ordinanza del 16 giugno 2016 n. 210 del Tribunale di Genova.

Diritto penale

Il risarcimento ex art. 35-ter ord. penit. si applica anche ai detenuti in stato di custodia cautelare.

abstract

The decision discussed in this paper examines the violation of article 3 of the European Convention on Human Rights with reference to the dramatically hot topic of the prison overcrowding in Italy and to the need for a monetary compensation.

keywords

Detention pending trial – Prison overcrowding – Article 3 CEDU.

abstract

Il provvedimento in esame approfondisce la violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti Umani con riferimento al tema drammaticamente attuale del c.d. sovraffollamento carcerario e alla necessità del ristoro pecuniario stabilito dall'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354.

parole chiave

Detenuti in attesa di giudizio – Sovraffollamento carcerario – Art. 3 CEDU.

La presente questione trae spunto da una recente ordinanza emessa dal magistrato di sorveglianza di Udine in data 9 febbraio 2017, n. 125 con la quale è stato affermato che l'istanza di un soggetto detenuto, ristretto unicamente in forza di titolo cautelare, volta ad ottenere il ristoro del danno morale sofferto per condizioni detentive tali da violare l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo appartiene alla competenza funzionale del magistrato di sorveglianza, che potrà, qualora ritenga accertato il pregiudizio subito dal ricorrente, riconoscere in suo favore il ristoro pecuniario stabilito dall'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354.

Si tratta di un provvedimento estremamente interessante che ha il merito di chiarire molte tematiche attuali ed oggetto di dibattito (tra le più rilevanti, se dover conteggiare o meno, tra i metri quadrati a disposizione del detenuto, anche il letto) e rappresenta un riuscito tentativo di risolvere, in via giurispruden-

ziale, le (non poche) problematiche lasciate aperte dal legislatore dell'emergenza utilizzando – in maniera persuasiva ed, al contempo, equilibrata – la tecnica argomentativa dell'interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale come criterio paragonabile a quello dell'interpretazione sistematica.

La decisione nasce da un reclamo presentato ai sensi dell'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario) da un detenuto in custodia cautelare, in attesa di primo giudizio, il quale richiedeva un risarcimento monetario poiché dal 25 ottobre 2015, per effetto di condizioni detentive contrarie alla dignità della persona, si era - a suo dire - determinata una violazione dell'art. 3 CEDU.

La norma dell'art. 35-ter, ord. penit., invocata dal reclamante prevede che qualora il ricorrente sia stato detenuto «[...] in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto [...] il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espire pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito pregiudizio». Lo specifico rimedio risarcitorio esperibile ai sensi dell'art. 35-ter, ord. penit. di fronte al giudice di sorveglianza è, tuttavia, subordinato alla condizione che l'interessato sia detenuto in espiazione di pena a titolo definitivo; laddove, qualora il ricorrente allegghi di avere patito un pregiudizio per violazione dell'art. 3 CEDU nel corso della custodia cautelare «non computabile nella determinazione della pena da espire», il ricorso dovrà essere indirizzato al giudice civile (comma 3, art. 35-ter, ord. penit.).

Nel caso in esame l'interessato si trovava sottoposto a custodia cautelare ed era «in attesa di primo giudizio». In altri termini, il magistrato di sorveglianza si è trovato in presenza di una fattispecie (*recte*: una delle molte fattispecie) non espressamente disciplinate dalla infelice formulazione dell'art. 35-ter, cit. Che cosa fare, quindi, nei casi in cui l'azione risarcitoria è proposta da un detenuto in custodia cautelare ancora ristretto?

Guardando alla dizione del comma 3 della norma cit., si potrebbe essere portati a ritenere che, in tutti

i casi in cui, nella determinazione della pena ancora da espiare, non si possa tenere conto del periodo di custodia cautelare nel corso del quale si è verificato il trattamento detentivo inumano e degradante, il risarcimento di natura (solo) pecuniaria debba essere disposto dal giudice civile, senza che rilevi la circostanza che l'interessato sia libero o ancora detenuto.

Tuttavia, in questo secondo caso deve considerarsi che lo stesso comma 3 stabilisce che l'azione risarcitoria deve essere attivata di fronte al tribunale del distretto nel cui territorio il soggetto ha la residenza «entro sei mesi dalla cessazione della custodia cautelare in carcere». Il magistrato ha ritenuto, quindi, che il legislatore avesse qui presente un soggetto in stato di libertà, implicitamente rimandando alla competenza del magistrato di sorveglianza nel caso in cui il soggetto si trovi, invece, ancora detenuto. Tale soluzione interpretativa pare, inoltre, avvalorata da più ampie considerazioni di ordine logico-sistematico.

Alla luce dell'interpretazione sistematica della disposizione invocata, confortata anche dalla recente sentenza costituzionale del 14 giugno 2016, n. 204 deve ritenersi, infatti, che nella fattispecie lo strumento compensativo di cui all'art. 35-ter, ord. penit., possa trovare applicazione nella sua modalità pecuniaria. La lettera della disposizione penitenziaria suggerisce, quindi, all'interprete il criterio logico per risolvere i casi non espressamente contemplati dalla medesima¹.

«Il legislatore», osserva infatti la Corte, «introducendo il ristoro economico, si è preoccupato di coordinarlo con il rimedio della riduzione di pena, specificando, per mezzo delle espressioni letterali ricordate dallo stesso rimettente, quando e come al secondo subentra il primo. È a questo scopo che il comma 2 dell'art. 35-ter reca indicazioni linguistiche di mero appoggio al comma 1. Con tali indicazioni la disposizione ha anche la funzione di stabilire la priorità del rimedio costituito dalla riduzione di pena. Priorità che non può significare però preclusione nel caso in cui non ci sia alcuna detrazione da operare. Al di fuori dell'ipotesi del coordinamento tra i rimedi del primo

¹ Invero, nell'evocato arresto costituzionale, la Corte, stigmatizzando l'«*erroneo presupposto interpretativo*» adottato dal magistrato di sorveglianza rimettente, secondo il quale, nel testo della disposizione di cui all'art. 35-ter, ord. penit., «[l]'uso dell'avverbio "altresi" e l'espressione "residuo periodo" dissolv[a]no ogni dubbio sul ruolo solo "complementare" delle somme di denaro liquidabili dal magistrato di sorveglianza», sicché il rimedio pecuniario non sarebbe «approdo consentito al magistrato di sorveglianza "per l'intero" ma solo per la parte "residua" non coperta da una pena che, per limiti oggettivi, si riveli "incapiente"» rileva, in senso contrario, che l'ultimo periodo dell'art. 35-ter, comma 2, «stabilisce che il risarcimento del danno in forma pecuniaria spetta anche nel caso in cui non è ammessa la riduzione di pena, perché il periodo di detenzione trascorso in condizioni disumane è stato inferiore a quindici giorni, e perciò prevede espressamente la competenza del magistrato di sorveglianza ad adottare il provvedimento economico, pure in mancanza di qualsiasi collegamento con un'effettiva riduzione del periodo detentivo».

e quelli del secondo comma dell'art. 35-ter impugnato resta la piena autonomia del ristoro economico, appunto confermata dall'ultimo periodo del secondo comma sopra ricordato».

Ne consegue, secondo l'indicazione offerta dal Giudice delle leggi, che la dizione normativa non costituisce affatto un ostacolo ad un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della norma impugnata, che peraltro si salda con gli esiti cui conduce l'interpretazione logico-sistematica².

Quanto alla individuazione del giudice competente, il magistrato, facendo applicazione al caso di specie – non espressamente disciplinato dalla disposizione dell'art. 35-ter, ord. penit. – delle indicazioni ermeneutiche contenute nell'arresto costituzionale sopra citato³, ha ritenuto di fare governo della disciplina risarcitoria di matrice europea nel senso di assicurare al danneggiato forme di riparazione rapide ed adeguate, dunque escludendo soluzioni interpretative che vedano, nella fattispecie in esame, procrastinata – tra l'altro ad un termine *incertus quando* – la possibilità di agire giudizialmente (individuando, ipoteticamente, il relativo *dies a quo* al momento della definitività del

² Osserva ancora la Corte: «Sarebbe infatti fuori da ogni logica di sistema, oltre che, come ha prospettato il giudice rimettente, in contrasto con i principi costituzionali, immaginare che durante la detenzione il magistrato di sorveglianza debba negare alla persona condannata all'ergastolo il ristoro economico, dovuto per una pena espiata in condizioni disumane, per la sola ragione che non vi è alcuna riduzione di pena da operare. Non può sfuggire infatti all'interprete che quest'ultima evenienza non ha alcuna relazione con la compromissione della dignità umana indotta da un identico trattamento carcerario. Né si può sostenere che la persona condannata all'ergastolo potrebbe comunque rivolgersi al giudice civile, ai sensi del comma 3 della disposizione impugnata, posto che vi sono ipotesi in cui l'ergastolo va scontato interamente in carcere, ovvero casi nei quali di fatto l'azione civile sarebbe negata».

³ La Consulta ha osservato: «I commi 2 e 3 dell'art. 35-ter impugnato distinguono la competenza a provvedere sulla richiesta di ristoro economico a seconda che l'interessato sia o no detenuto: nel primo caso è competente il magistrato di sorveglianza, nel secondo il tribunale civile. Diversamente da quanto ha affermato il giudice rimettente, infatti, non può considerarsi «eccezionale e straordinario» il potere del magistrato di sorveglianza di liquidare, «a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro» al detenuto che ha subito un trattamento disumano, e non c'è alcuna ragione per negarlo nei casi in cui non vi è prima una riduzione di pena da operare». Da ultimo la Corte ha ritenuto di trasmettere una chiara direttiva ai giudici: «Giovà infine ricordare che la sentenza della Corte EDU, nel caso Torreggiani, ha chiesto all'Italia di introdurre procedure attivabili dai detenuti per porre fine e rimedio a condizioni di detenzione o a trattamenti carcerari in contrasto con l'art. 3 della CEDU, le quali, a differenza di quelle al momento in vigore, avrebbero dovuto essere accessibili ed effettive; procedure, in altri termini, idonee a produrre rapidamente la cessazione della violazione e, anche nel caso in cui la situazione lesiva fosse già cessata, ad assicurare con rapidità e concretezza forme di riparazione adeguate. E questa richiesta deve costituire un indefettibile criterio ermeneutico ai fini della corretta applicazione della disciplina successivamente introdotta dal legislatore».

titolo esecutivo, ovvero al momento della scarcerazione dell'interessato per il venir meno del titolo cautelare). In tale ottica, pertanto, «non può che adottarsi – in una prospettiva costituzionalmente orientata – la procedura che consente, in tutti i casi in cui non sia possibile operare una riduzione della pena detentiva, di procedere al ristoro in forma monetaria. Tale modello risarcitorio assume, infatti, come ha ricordato la Consulta, piena autonomia rispetto alla modalità di riparazione principale consistente nella proporzionale riduzione della pena da espiare, in tutti i casi in cui questa non sia concretamente praticabile».

Tale approdo interpretativo non potrebbe essere superato dal rilievo, disatteso *expressis verbis* dalla Consulta, secondo il quale il potere del magistrato di sorveglianza di liquidare una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno avrebbe natura eccezionale (e, dunque, insuscettibile di estensione in via interpretativa), e pare – anzi – avallato dalla stessa lettura costituzionale laddove afferma che sarebbe fuori dalla logica del sistema il negare ogni forma di riparazione in rapporto ad accertate condizioni detentive tali da violare l'art. 3 CEDU per la sola ragione che non è possibile, nel caso concreto, operare alcuna riduzione di pena. Ancor più agevole è osservare, infine, che il procrastinare ad un termine incerto (che ipoteticamente potrebbe precludere per anni al danneggiato di agire giudizialmente) la possibilità di ottenere il ristoro per il pregiudizio subito si configurerebbe quale opzione interpretativa in flagrante contraddizione con l'esigenza che lo strumento risarcitorio sia dotato di «rapidità e concretezza» secondo l'indicazione promanante sia dalla CEDU che, ora, anche dalla Corte costituzionale.

Pertanto, il magistrato di sorveglianza, utilizzando con sapienza e cautela la tecnica dell'interpretazione conforme alla giurisprudenza costituzionale, ha risolto un problema obiettivamente lasciato irrisolto dal legislatore dell'emergenza ed ha affermato la competenza del magistrato di sorveglianza in relazione alla richiesta risarcitoria formulata dal ricorrente sottoposto a custodia cautelare in carcere.

Per quanto concerne il merito della questione, il magistrato, dopo aver ricostruito con dovizia di particolari le condizioni della detenzione⁴, in particolare

⁴ Il ricorrente allegava «di essere stato ospitato presso la struttura di Gorizia in due camere di detenzione, di superficie lorda pari a mq 24,00 dalla quale andrebbe detratta la superficie “non vivibile” pari a mq 12,20, con la conseguenza che la superficie effettivamente fruibile sarebbe di soli 11,80 mq per sei persone. All'interno della cella vi sono le brande “a castello”, inamovibili poiché imbullonate e fissate a terra. Lo spazio intercorrente tra una branda e l'altra è di circa 50 cm, non concretamente “vivibile”. Inoltre, le brande sistemate “a castello” impediscono di aprire completamente le finestre, rendendo più difficoltoso il transito dell'aria e della luce, ulteriormente impedita dalla presenza di grate alle finestre. Con riguardo a quest'ultima deficienza, non vi si può sopperire autonomamente, poiché gli interruttori elettrici

nel carcere di Gorizia, ha valutato se essa sia, in effetti, consistita in trattamenti inumani e degradanti, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo.

A tal proposito, si deve evidenziare che lo specifico rimedio risarcitorio esperibile ai sensi dell'art. 35-ter, ord. penit., di fronte al giudice di sorveglianza è soggetto a un duplice presupposto, ben definito dall'architettura normativa poiché la disposizione prevede che qualora il ricorrente sia stato detenuto «in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto [...] il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito pregiudizio».

Il riferimento portato dall'art. 35-ter, ord. penit., alla disposizione dell'art. 69 della medesima legge penitenziaria cit., definisce ulteriormente l'ambito della cognizione del magistrato di sorveglianza in relazione all'applicazione dello specifico rimedio risarcitorio in esame, poiché precisa che la lesione accertata, per fondare una pronuncia di addebito a carico dell'Amministrazione penitenziaria suscettibile di risarcimento, deve consistere in un pregiudizio «attuale e grave» della posizione soggettiva del detenuto o dell'internato (art. 69, comma 6, lett. b), ord. penit.)⁵. Con riguardo al requisito dell'attualità del pregiudizio sofferto, si osserva ancora che una lettura rigorosa del testo normativo imporrebbe di concludere che la competenza del magistrato di sorveglianza perduri sino a quando

non funzionano. La camera detentiva è, inoltre, corredata di altri arredi, quali gli armadietti (uno piccolo e uno grande), sgabelli, tavolo, piano cucina, calorifero e supporto esterno per la TV. All'interno delle celle i detenuti devono permanere per circa 14 ore al giorno. Anche l'igiene personale è limitata dall'assenza di acqua calda nel bagno della cella e di doccia all'interno del medesimo. Inoltre è carente la pulizia del pavimento e delle suppellettili. All'interno della struttura di Gorizia, inoltre, non vi è una palestra, né una zona ludica. I corsi didattici sono “sporadici” e non permettono di soddisfare la domanda dei detenuti”. Inoltre, il reclamante lamentava “l'assenza di qualsiasi sostegno per il detenuto che termini l'esecuzione della pena, il quale si trova di fatto a contare unicamente sulle proprie forze e sulle eventuali risorse familiari o personali».

⁵ Fuoriescono, pertanto, dal concetto di “attualità del pregiudizio” sia le eventuali violazioni al diritto convenzionale subite in relazione a detenzioni pregresse rispetto all'attuale vicenda esecutiva (sofferte, cioè, in forza di titoli esecutivi diversi da quello attualmente in esecuzione, ovvero periodi presofferti separati dalla detenzione attuale da una soluzione cronologica che ne ha interrotto la continuità); sia le violazioni che, pur correlate a detenzione riferibile all'esecuzione in corso al momento della domanda, non siano tuttavia attuali poiché *medio tempore* oggetto di risarcimento davanti al giudice civile ovvero indennizzate dalla Corte europea ai sensi dell'art. 41 della CEDU, ovvero ancora si riferiscano a pregiudizio non ancora concreto e attuale poiché proiettato nel futuro della esecuzione in corso.

duri il trattamento lesivo, dovendo recedere qualora quest'ultimo venga, per qualunque ragione, a cessare. Occorre, tuttavia, osservare che il pregiudizio è l'effetto dell'attività lesiva e, anche quando quest'ultima sia cessata, rimane attuale sino a quando non è risarcito, come la stessa Corte europea ha più volte ribadito. Ne consegue che il magistrato di sorveglianza è competente a decidere anche quando la condizione detentiva contraria all'art. 3 CEDU sia venuta meno, e che quando l'evocato art. 69, comma 6, lett. b) si riferisce ad un «pregiudizio attuale» intende impropriamente, ma sicuramente riferirsi alla permanenza della situazione lesiva, che il magistrato di sorveglianza, anche a seguito di azione inibitoria ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit., può essere chiamato a rimuovere. Ed è in questa accezione che, *per relationem*, deve intendersi il concetto di attualità del pregiudizio «importato» nell'art. 35-*ter* ord. penit.

Tale interpretazione, se pure in contrasto con il tenore letterale, si palesa tuttavia imposta allo stato attuale, poiché il legislatore non ha ritenuto di chiarire con una norma di interpretazione autentica la portata applicativa del rimedio risarcitorio *de quo*, a pena di consegnare l'istituto alla sostanziale ineffettività, esponendo di conseguenza l'Italia a una nuova condanna in sede europea. Si rileva, inoltre, che tale lettura è ora validata dall'orientamento ormai assolutamente prevalente della giurisprudenza di legittimità⁶.

In merito al parametro della gravità del pregiudizio *de quo*, va considerato che la Corte europea, con recente arresto in tema di accertamento delle condizioni detentive tali da costituire violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ha affermato il principio che la mancanza di spazio sufficiente all'interno delle camere di pernottamento inferiore a 3 mq non integra automaticamente un trattamento inumano e degradante, la cui sussistenza va, invece, verificata sulla base del livello minimo di gravità che il maltrattamento deve avere raggiunto, alla luce della durata del medesimo e in seguito alla verifica della sussistenza di eventuali ulteriori elementi che possono, nel caso concreto, avere aggravato il livello inevitabile di sofferenza e umiliazione derivante dalla condizione di restrizione carceraria, ovvero all'opposto, mitigato le medesime (quali la disponibilità di acqua calda, di illuminazione e di ricambio dell'aria, il numero e la qualità delle opportunità ricreative, culturali e lavorative interne all'istituto penitenziario) caratterizzando la detenzione del soggetto⁷.

Con riguardo ai parametri cui la valutazione del giudice deve informarsi, la giurisprudenza ha rilevato che, in materia di accertamento delle condizioni detentive inumane o degradanti, il giudice del reclamo è

chiamato ad accertare e valutare la condizione di fatto della carcerazione; e tale valutazione è operata esclusivamente alla stregua dei canoni e degli *standard* giurisprudenziali, in difetto di alcuna disposizione normativa e tampoco legislativa o codicistica⁸. Alla luce dell'espresso disposto legislativo, inoltre, il giudice italiano è vincolato all'interpretazione dell'art. 3 CEDU stabilita dalla Corte EDU (art. 35-*ter*, comma 1, ord. penit.). Ciò premesso, secondo un rilevante *leading precedent* in materia di violazione dell'art. 3 CEDU, (a) ogni detenuto deve avere un posto individuale per dormire nella cella; (b) ognuno deve disporre di almeno 3 metri quadri di superficie; e (c) la superficie totale della cella deve essere tale da permettere ai detenuti di muoversi liberamente fra gli arredi della medesima⁹. In questo solco, poi, si inserisce la già citata sentenza della *Grande Chambre* di Strasburgo *Mursiclc. Croazia*, che ha affermato alcuni importanti principi ai quali il giudice nazionale deve ispirarsi per orientare la propria decisione.

Per quanto riguarda la questione dello spazio minimo di cui un detenuto deve disporre ai fini dell'art. 3 CEDU, la Corte afferma che tale spazio minimo personale a disposizione per ciascun detenuto non può essere inferiore a 3 m², che pertanto viene assunta a soglia minima applicabile in materia di spazio personale nel caso di soggetti detenuti in una cella collettiva¹⁰. La Corte precisa inoltre che, ai fini del calcolo dello spazio personale a disposizione, va dedotta la superficie corrispondente al bagno, mentre la CEDU non detrae invece lo spazio occupato dagli arredi che occupano la camera di detenzione. Inoltre, la Corte EDU non ritiene di per sé vincolanti le indicazioni fornite dal CPT o dagli altri organi internazionali o nazionali, per la ragione principale che ai fini della propria valutazione, la Corte deve tenere in considerazione una pluralità di fattori e circostanze pertinenti, laddove il CPT e le altre organizzazioni elaborano i loro parametri a fini di prevenzione dei trattamenti contrari ai principi internazionali. Le norme nazionali sono, inoltre, molto variabili e rispondono ad esigenze specifiche dei diversi sistemi penitenziari¹¹.

Per quanto concerne il secondo profilo indicato dalla *Grande Chambre*, si tratta della rinnovata esplicitazione dell'assunto per cui occorre considerare lo spazio libero di movimento tra gli arredi della camera¹². In questa prospettiva si pone anche la recente giurisprudenza della Cassazione¹³, per cui, ai fini del

⁶ Cfr., anche recentemente, Cass., sez. 1, 16 luglio 2015, n. 876, Ruffolo.

⁷ Cfr. Corte EDU, GC, sent. 20 ottobre 2016, *Mursic vs Croazia*.

⁸ Cfr. Cass., sez. 1, 12 dicembre 2014, n.17014, ric. Gambardella.

⁹ Cfr. Corte EDU I, 10 gennaio 2012, *Ananyev ed altri l.c. Russia*, nn.42525/07 e 60800/08.

¹⁰ Cfr. Corte EDU, GC, *Mursiclc. Croazia*, §107.

¹¹ Cfr. Corte EDU, GC, *Mursiclc. Croazia*, cit., §107.

¹² Cfr. Corte EDU, sent. *Torreggiani c. Italia*, pag. 16: «*Cet espace, déjà insuffisant, était par ailleurs encore restreint par la présence de mobilier dans les cellules*».

¹³ Cfr. Cass. sez. 1, 9 settembre 2016, n. 52819, ric. Sciuto.

calcolo dello spazio detentivo minimo cui ciascun detenuto in una cella collettiva ha diritto, ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU e del conseguente ristoro previsto dall'art. 35-ter, legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. Ordinamento Penitenziario), la indicazione funzionale dello spazio minimo individuale come spazio destinato al movimento, desumibile dalla giurisprudenza della Corte EDU, è tale da comportare la necessità di escludere dal computo quelle superfici occupate da strutture tendenzialmente fisse – tra cui il letto – mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili. Qualora, in concreto, al netto di tale detrazione, fosse accertata la esistenza di una offerta inferiore ai tre metri quadri, cioè, in rapporto all'attuale assetto interpretativo fornito dalla CEDU, non determina di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU, ma una forte presunzione di trattamento inumano o degradante, superabile solo attraverso l'esame congiunto e analitico delle complessive condizioni detentive e della durata di tale restrizione dello spazio minimo.

Benché la pronuncia affermi di fare applicazione dei principi europei, l'affermato principio non appare in linea con le indicazioni fornite dalla CEDU nella giurisprudenza *Ananyev* consolidata dalla *Muršič*, poiché “fonde” – per così dire – due dei tre parametri di matrice europea sopra indicati nel (nuovo) concetto di «spazio minimo vivibile» o «funzionale» che somma due dei criteri europei (precisamente, quello relativo alla misura dello spazio minimo personale e quello concernente la possibilità di agevole movimento dei detenuti all'interno della camera di detenzione). Tale approdo interpretativo, secondo la Cassazione, porta a escludere dal computo della superficie utile a costituire «spazio minimo vivibile» quella occupata dal letto a castello presente nella maggioranza delle camere di detenzione, poiché trattasi di arredo tendenzialmente fisso e non facilmente amovibile¹⁴ (dunque, idoneo a

¹⁴ La rilevata divergenza trae le Corti in punto determinazione dei parametri di accertamento della violazione convenzionale sul profilo “spaziale” non è scevra da importanti ricadute sul piano applicativo. Infatti, come risulta evidente dalla lettura delle sentenze europee riconducibili alla giurisprudenza *Ananyev*, il metodo seguito dalla Corte di Strasburgo implica dapprima la verifica sulla sussistenza dello spazio personale per ciascun detenuto in una camera collettiva, per poi passare – solo qualora tale primo riscontro non sia di per sé bastevole ad individuare una criticità rispetto all'art. 3 CEDU – alla ponderazione degli eventuali “fattori compensativi” della rilevata mancanza di spazio. Così operando, la CEDU valuta il parametro spaziale sempre al lordo del mobilio presente all'interno della cella, deducendo solo la superficie occupata dal bagno (v. § 114 della sentenza *Muršič*). Merita anche osservare che, nelle sentenze di matrice *Ananyev*, il secondo requisito (la possibilità, cioè, per i detenuti di muoversi agevolmente tra gli arredi) è sostanzialmente relegato ad elemento di valutazione ancillare e rafforzativo qualora si tratti di confermare una presunzione di violazione convenzionale già *aliunde* evidente sul piano dello spazio personale a disposizione del detenuto, mentre non è mai preso in considerazione laddove il detto spazio risulti compreso tra la soglia critica dei 3 mq e i 4 mq (al contra-

creare un ostacolo al libero movimento delle persone detenute).

Nella giurisprudenza di merito, per quanto riguarda l'imputazione degli arredi fissi ai fini della determinazione della superficie disponibile, sembra prevalere un criterio di natura funzionale, nel senso che sono computati ai fini dello spazio utile anche quegli arredi che, pur costituendo un oggettivo ingombro, possono essere utilizzati per le funzioni quotidiane della vita. In particolare, è orientamento di merito prevalente che la superficie occupata dal letto (proprio), poiché utilizzabile durante il giorno come piano di appoggio, per la lettura ovvero come divano, non dovrebbe essere escluso dal computo dello spazio detentivo personale, poiché «spazio vivibile».

L'arresto della Cassazione compie, dunque, un passo ulteriore in avanti, stabilendo che l'intera superficie occupata dai letti deve essere detratta ai fini del calcolo dello spazio residuo a disposizione dei soggetti ristretti, in quanto, a prescindere dalla funzionalità rispetto alle funzioni della vita quotidiana, essa rappresenta un oggettivo ingombro alla possibilità di movimento all'interno della camera di detenzione¹⁵.

rio, in questi casi la Corte alsaziana considera una pluralità di elementi compensativi per verificare la sussistenza della violazione). La Cassazione, invece, interpreta – come si è visto – il concetto di “spazio detentivo minimo” in termini di “spazio funzionale”, giungendo alla conclusione che spazio minimo personale è solo lo spazio sgombro da arredi fissi o che comunque rappresentano un ostacolo alla libertà di movimento delle persone presenti all'interno della cella. La giurisprudenza di merito elaborata dalla magistratura di sorveglianza ha – fino ad ora ed anteriormente alla *Muršič* – sempre ritenuto che, ai fini del calcolo dello spazio personale minimo a disposizione di ciascun detenuto non dovesse comprendersi la superficie del bagno, traendo tale assunto dalla distinzione che il regolamento di esecuzione della legge di ordinamento penitenziario (art. 7, D.P.R. 230/2000) pone tra il locale bagno e la camera detentiva vera e propria. Su tale profilo, pertanto, la faglia interpretativa apertasi tra CEDU e Cassazione non pare destinata a produrre alcuna conseguenza.

¹⁵ Va ribadito che la Corte EDU, nel caso in cui, sulla base di tale preliminare verifica, accerta la carenza di spazio individuale come sopra indicata, procede direttamente alla ponderazione di eventuali elementi compensativi ed assegna un valore decisivo alla durata della violazione “spaziale” riscontrata, al punto da considerare che un periodo protratto di detenzione in grave ristrettezza di spazi personali comporti ipso facto la sussistenza della violazione convenzionale. Qualora tale primo requisito sia invece assolto, il giudice nazionale dovrà verificare il rispetto dell'ulteriore e distinta condizione rappresentata dalla possibilità, per il detenuto, di muoversi liberamente tra la mobilia della cella. Sotto questo profilo, occorre tenere conto degli arredi che costituiscono un ostacolo significativo: armadietti fissi e le “colonne” di letti a castello rientrano certamente tra questi. Tuttavia, un peso non secondario ai fini del detto riscontro avrà non solo il mero ingombro fisico dei mobili, ma altresì la disposizione di questi all'interno della camera detentiva: ciò che conta – parafrasando la Corte EDU – non è infatti il mero computo metrico, ma la possibilità per i detenuti di muoversi senza difficoltà tra gli arredi (sentenza *Muršič c. Croazia* del 2016, cit., § 114). In tale prospettiva, che pare la più aderente alla (attuale) posizione della Corte europea, non viene quindi in linea di conto soltanto

La Cassazione, in altri termini, pare introdurre, con l'arresto citato, una lettura consapevolmente divergente rispetto alla giurisprudenza assestata dalla Grande Camera con la sentenza *Muršič c. Croazia* adottando *standard* ancor più esigenti, sotto il profilo degli spazi detentivi, di quelli assicurati dalla giurisprudenza di matrice europea. E una tale lettura non appare certamente fuoriuscire dal perimetro interpretativo generale della disciplina introdotta con il d.l. 92/2014, che è quello di accogliere – di fronte a possibili incertezze sull'ermeneutica del disposto normativo – la soluzione che comporta il massimo di effettività dello strumento compensativo¹⁶, secondo una linea interpretativa già del resto agevolmente identificabile nella giurisprudenza costituzionale¹⁷.

I parametri di matrice europea, in definitiva, verrebbero ad assumere sotto l'indicato profilo «il ruolo di istanze minime concernenti gli spazi detentivi e, più in generale, del livello del trattamento penitenziario assicurato dall'Italia, ma non certamente quello di limite negativo opponibile al giudice nazionale, che sembrerebbe investito della facoltà, dischiusa dall'arresto di legittimità in analisi, di riconoscere ai detenuti ricorrenti il ristoro compensativo previsto dall'art. 35-ter, ord. penit., anche in presenza di condizioni detentive che, pur conformi ai requisiti minimi enucleati dalla Corte di Strasburgo, non attingano tuttavia una soglia qualitativa adeguata con riferimento ad altri e più ampi parametri, quali a es. indicati nelle fonti di *soft law* e, segnatamente, nelle raccomandazioni del

la mera superficie occupata dai letti e dagli altri arredi fissi, bensì anche la loro disposizione all'interno della camera: si pensi, a titolo esemplificativo, a delle «colonne» di letti a castello strettamente accostate le une accanto alle altre in modo tale da ostacolare il movimento di chi, alzandosi dal letto, intenda raggiungere il tavolo o il locale bagno. In un siffatto contesto, può collocarsi l'indicazione offerta dalla evocata sentenza della Cassazione circa la necessità di detrarre dalla superficie totale della cella, ai fini del calcolo dello spazio «vivibile», anche l'ingombro dei letti, laddove resta, invece, qualche perplessità – sul piano della coerenza con le indicazioni della giurisprudenza europea – riguardo l'asserto della Suprema Corte per cui la verifica andrebbe operata pur sempre sul piano meramente geometrico, riconducendo, nella sostanza, ad una questione di mero «spazio calpestabile» un accertamento che appare certamente più complesso. Un ulteriore elemento di perplessità deriva – per vero – anche dalla affermazione, contenuta nella chiusa della sentenza in analisi, per cui la discesa dello spazio detentivo disponibile al di sotto della soglia minima dei 3 mq determinerebbe la necessità di considerare comunque gli eventuali fattori compensativi laddove, in questo aspetto, la giurisprudenza europea è più rigorosa, dal momento che anche nel caso *Muršič* – come si è già puntualizzato – ha trovato conferma il principio per cui, salve permanenze detentive in spazi personali inferiori ai 3 mq brevi e occasionali (§ 130 e 131: «... *courtes, occasionnelles et mineures*...»), la durata protratta della detenzione in condizioni di estrema ristrettezza spaziale è insuscettibile di compensazione con altri elementi trattamentali e conduce direttamente alla declaratoria di accertamento della violazione convenzionale.

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. 1, 16 luglio 2015, n.876, Ruffolo, cit.

¹⁷ Cfr. C. cost., sentt. nn.26/1999, 266/2009 e n.135/2013.

Comitato per la prevenzione della tortura».

La Corte EDU osserva che benché in alcuni casi estremi sia possibile ritenere che la flagrante mancanza di spazio minimo detentivo sia di per sé sufficiente a integrare la violazione dell'art. 3 CEDU¹⁸, nella ordinarietà dei casi la eventuale disponibilità di spazio detentivo personale inferiore a 3 mq integra soltanto una «forte presunzione» di violazione dell'art. 3 CEDU. Secondo la Corte EDU¹⁹, per vincere la «forte presunzione» devono concorrere tutte le condizioni seguenti: le riduzioni dello spazio personale devono essere di breve durata e occasionali («*courtes, occasionnelles et mineures*»²⁰); devono essere assicurate una sufficiente libertà di circolazione fuori delle celle e attività «adeguate» fuori delle stesse: almeno un'ora/giorno di esercizi all'aria aperta (preferibilmente nel quadro di un più ampio programma di attività); cortile dei passeggeri «ragionevolmente ampio» e per quanto possibile, riparato dalle intemperie; possibilità per i detenuti di trascorrere una «parte ragionevole» della giornata fuori delle celle per praticare attività «motivanti» (lavoro, corsi formativi, etc.²¹); il luogo di detenzione deve presentare, in termini generali, delle condizioni «decenti»²²; il detenuto non deve essere sottoposto ad altre condizioni da considerarsi come aggravanti delle condizioni di detenzione.

In conclusione, il magistrato ha ritenuto che nel caso di specie la disponibilità in concreto di spazi calpestabili all'interno della cella non avesse consentito agli occupanti di muoversi liberamente tra gli arredi della medesima qualora presenti in 6 o 7 all'interno della camera, tenendo conto del carattere non occasionale della esiguità degli spazi e considerato, dall'altro lato, la protratta permanenza dei detenuti all'interno delle camere di detenzione. Per tali periodi, individuabili in complessivi giorni 231, la circostanza che lo spazio «vivibile» fosse assai ridotto oscillando tra i mq 2,20 e i mq 2,64, e il fatto che tale situazione si fosse protratta per un apprezzabile periodo di tempo²³, non ha consentito di ritenere superata la «grave presunzione» di trattamento non conforme all'art. 3 CEDU. Per gli altri periodi, in cui pure lo spazio personale «vivibile» è sceso sotto i 3 mq (sia pure non nel-

¹⁸ Cfr. Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic/Italia*.

¹⁹ Cfr. Corte EDU, GC, *Mursic/Croazia*, cit., §132-138.

²⁰ Cfr. Corte EDU, GC, *Mursic/Croazia*, cit., § 130.

²¹ Cfr. Corte EDU, GC, *Mursic/Croazia*, cit., §150-152.

²² Cfr. Corte EDU, GC, *Mursic/Croazia*, cit. §134.

²³ La Corte EDU osserva che «benché in alcuni casi estremi sia possibile ritenere che la flagrante mancanza di spazio minimo detentivo sia di per sé sufficiente a integrare la violazione dell'art. 3 CEDU (CEDU, 16.07.2009, *Sulejmanovic/Italia*), nell'ordinarietà dei casi la eventuale disponibilità di spazio detentivo personale inferiore a 3 mq integra soltanto una «forte presunzione» di violazione dell'art. 3 CEDU. Ciò significa che, secondo le circostanze, gli effetti cumulativi delle altre condizioni di detenzione possono vincere questa presunzione – benché ciò sia molto difficile in caso di mancanza «flagrante» o «prolungata» di spazio personale inferiore ai 3 m²».

la percentuale sopra indicata), il magistrato ha, invece, ritenuto che le numerose opportunità trattamentali di cui il ricorrente ha potuto fruire abbiano costituito un valido fattore compensativo²⁴ della detenzione in condizioni non ottimali (l'interessato, in meno di un anno di permanenza all'interno della detta struttura, è stato ammesso a sei corsi, un laboratorio teatrale e avrebbe potuto anche lavorare se non avesse opposto rifiuto per motivi personali).

²⁴ Nel caso in cui lo spazio detentivo personale si situi tra i 3 e i 4 mq, il fattore spaziale deve essere ponderato con altri elementi negativi, quali «[...] *un défaut d'accès à la cour de promenade ou à l'air et à la lumière naturels, d'une mauvaise aération, d'une température insuffisante ou trop élevée dans les locaux, d'une absence d'intimité aux toilettes ou de mauvaises conditions sanitaires et hygiéniques*» (cfr. Corte EDU, GC, *Mursic/c. Croazia*, cit. §139).

Elia Scafuri
Avvocato

Diritto amministrativo

Sulle condizioni di ammissibilità del ricorso collettivo proposto innanzi al Giudice amministrativo.

abstract

Collective petition to the administrative judge it's inadmissible when combination of related issues has an uneven subject and when it hasn't met the burden of proof and some of the oldest actions are beyond the prescription period.

keywords

Collective petition to the administrative judge – Conditions of admissibility – Onus probandi.

abstract

È inammissibile il ricorso collettivo proposto innanzi al Giudice Amministrativo quando il cumulo di domande abbia contenuto disomogeneo, non sia stato assolto l'onere probatorio e alcune delle pretese più risalenti siano prescritte.

parole chiave

Ricorso collettivo innanzi al G.A. – Condizioni di ammissibilità – Onus probandi.

Il *focus* trae origine dalla recente sentenza n° 1086/2017 del Tribunale Regionale per la Lombardia (sezione staccata di Brescia, sez. I, pubblicata l'11 settembre 2017), con la quale il Collegio adito si è espresso sulle condizioni di ammissibilità del ricorso collettivo proposto innanzi al Giudice Amministrativo, questione tanto attuale quanto interessante.

Sempre più frequentemente, nella prassi, viene registrato l'utilizzo del ricorso collettivo, o insieme anche cumulativo: strumento privilegiato, in particolare modo, da determinate categorie di lavoratori che vantano posizioni giuridiche comuni o quantomeno simili.

Prima di esaminare la citata sentenza, è d'uopo una breve premessa normativa in materia.

Ai sensi dell'art. 32 del Codice del processo amministrativo¹, «è sempre possibile nello stesso giudizio il

cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale».

Quando i ricorrenti siano più di uno – c.d. cumulo soggettivo – e agiscano insieme proponendo un unico ricorso, ovvero impugnando lo stesso provvedimento per motivi almeno in parte comuni, è possibile proporre il c.d. ricorso collettivo, che può riguardare i giudizi di accertamento, di condanna e d'impugnazione.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria in materia occorrono, ai fini della corretta proponibilità del ricorso collettivo (o anche insieme cumulativo), l'interesse di cui tutti i ricorrenti devono essere portatori e l'identità dei motivi d'impugnazione, come si dirà meglio *infra*.

Il ricorso collettivo dà luogo ad una pluralità di azioni. Ciò si traduce nel fatto che le vicende e le invalidità relative ad una delle azioni – quali, ad esempio, la rinuncia, l'irricevibilità della domanda o la nullità di una sottoscrizione, ecc. – non producono effetti sulla situazione degli altri ricorrenti. Parallelamente, le doglianze mosse tramite il ricorso possono essere accolte dall'Organo giudicante soltanto per alcuni dei ricorrenti, e non necessariamente per la totalità dei medesimi.

Nel processo amministrativo, anche dopo la predetta codificazione del 2010, la proposizione del ricorso collettivo rappresenta una deroga al principio generale secondo cui ogni domanda, fondata su un interesse meritevole di tutela, deve essere proposta dal singolo titolare con separata azione.

Pertanto, la proposizione contestuale di un'impugnativa da parte di più soggetti, sia essa rivolta contro uno stesso atto o contro più atti (c.d. cumulo oggettivo, che dà luogo anche ad un ricorso cumulativo) tra loro connessi, è soggetta al rispetto di stringenti requisiti di ordine positivo e negativo:

- tra i primi, figura l'identità delle posizioni sostanziali e processuali dei ricorrenti, essendo necessario che le domande giurisdizionali siano identiche nell'oggetto, che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e che vengano censurati per gli stessi motivi;

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).

- tra i secondi, vi è certamente l'assenza di una situazione di conflittualità d'interessi, anche solo potenziale, per effetto della quale l'accoglimento della domanda di una parte dei ricorrenti sarebbe logicamente incompatibile con quella degli altri (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, sentenza 29 dicembre 2011, n. 6990 e T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, sentenza 4 aprile 2013, n. 3427).

Quando, poi, il ricorso collettivo sia anche cumulativo – ovvero abbia ad oggetto anche una pluralità di atti – occorre che tra questi ultimi sussistano oggettivi elementi di connessione, in quanto i provvedimenti gravati devono essere riconducibili nell'ambito del medesimo rapporto o di un'unica sequenza procedimentale, come si dirà meglio di qui a breve.

Tanto premesso, occorre ripercorrere sommariamente i fatti di causa sottesi alla pronuncia in esame.

Con ricorso collettivo i ricorrenti, tutti appartenenti alla Polizia di Stato e in servizio presso la Polizia stradale, chiedevano l'accertamento del proprio diritto a percepire l'indennità di missione per i «servizi speciali mirati» espletati dai medesimi a partire dall'anno 2002 e fino al marzo dell'anno 2011. Ciò previo annullamento, o disapplicazione, di una circolare della Direzione Centrale per le Risorse Umane, in quanto contrastante con la normativa in materia (ed in particolare con la legge n. 836 del 1973, con il D.P.R. n. 513 del 1978 e con la legge n. 417 del 1978²).

Gli istanti sostenevano, nello specifico, che durante il periodo 2002-2011 non sarebbe stata loro riconosciuta alcuna indennità per lo svolgimento dei cc.dd. servizi speciali mirati, ossia quei servizi specifici espletati fuori sede e in via esclusiva, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 836 del 1973³.

² Legge del 18 dicembre 1973 n. 836, *Trattamento economico di missione e di trasferimento dei dipendenti statali*, Pubblicato in Gazz. Uff. n. 333 del 29 dicembre 1973; D.P.R. 16 gennaio 1978, n. 513, *Trattamento economico di missione e di trasferimento dei dipendenti civili dello Stato*, Pubblicato nella Gazz. Uff. 6 settembre 1978, n. 249; legge 26 luglio 1978, n. 417, *Adeguamento del trattamento economico di missione e di trasferimento dei dipendenti statali*, Gazz. Uff. n. 219 del 7 agosto 1978.

³ A mente del quale: «Ai dipendenti civili dello Stato, compresi quelli delle amministrazioni con ordinamento autonomo, ed agli appartenenti alle forze armate ed ai corpi organizzati militarmente comandati in missione isolata fuori dell'ordinaria sede di servizio, in località distanti almeno 30 chilometri, spettano le indennità di trasferta di cui alle unite tabelle A, B, C, D, E ed F per ogni 24 ore (ivi compreso il tempo occorrente per il viaggio) di assenza dalla sede. Per le ore residuali spettano le indennità orarie di cui all'articolo 3 della presente legge. Il trattamento previsto dal primo comma del presente articolo è ridotto del 10 per cento dopo i primi 45 giorni di missione continuativa in una medesima località. Se la durata della missione, nella stessa località, eccede i 90 giorni, la misura dell'indennità di trasferta, per il tempo successivo, è ridotta del 20 per cento. Qualora la missione si protragga oltre i primi 180 giorni, la continuazione della corresponsione dell'indennità di trasferta è subordinata ad un'apposita motivazione ministeriale. Agli effetti del precedente comma, si considera come missione unica e continuativa anche quella interrotta per

A detta dei medesimi, ciò sarebbe avvenuto in palese violazione della normativa di settore, disciplina pure recepita dalla stessa Amministrazione resistente (in particolare, con la nota del 10 maggio 1994 emanata dal Compartimento Polizia Stradale per la Lombardia).

I ricorrenti auspicavano, dunque:

- l'accertamento del diritto a percepire l'indennità di missione per i suddetti «servizi speciali mirati» previo annullamento, o disapplicazione, della suddetta circolare interna contrastante con la vigente normativa in materia;
- la condanna delle Amministrazioni intimete al pagamento di tutte le indennità di missione (o di trasferta) pregresse non corrisposte, il tutto, eventualmente, anche a titolo risarcitorio o indennitario per il maggiore ed ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.* generatosi in capo all'Amministrazione, con detrimento del patrimonio dei ricorrenti e, in ogni caso, oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria dal dovuto sino all'effettivo pagamento.

In ragione di ciò, i lavoratori proponevano il ricorso collettivo *de quo* basato. Si costituiva in giudizio il Ministero dell'Interno, eccependo tra l'altro, in via preliminare, la nullità e l'inammissibilità del ricorso per indeterminatezza del *petitum*, oltre che l'inammissibilità dello stesso per cumulo di domande aventi contenuto disomogeneo e la prescrizione delle pretese più risalenti.

Per quanto qui d'interesse, il Collegio adito in via preliminare scrutinava l'eccezione, formulata dalla difesa erariale, d'inammissibilità del ricorso collettivo spiegato innanzi al Tar.

E invero, l'Amministrazione resistente asseriva che il ricorso proposto, collettivamente, da più soggetti e, cumulativamente, avverso più provvedimenti, sarebbe stato volto a tutelare differenti posizioni giuridiche, peraltro non compiutamente esplicitate nel corpo del gravame che, di conseguenza, ne risultava come indeterminato sia nella *causa petendi* che nel *petitum*.

Con la pronuncia in esame il Collegio – parten-

periodi non superiori a 60 giorni. Le interruzioni dovute a motivi diversi da quelli di servizio, compresi i periodi di aspettativa e di congedo ordinario e straordinario, non si computano ai fini della durata e del rinnovo della missione. Le missioni da eseguire saltuariamente in una medesima località sono considerate come missione unica e continuativa quando in 30 giorni consecutivi si superino complessivamente 240 ore. Il cambiamento di località nell'espletamento di una missione rinnova la missione stessa agli effetti del trattamento relativo sempreché la distanza minima fra le due località sia almeno di 30 chilometri. Per le missioni da svolgere in località distanti meno di 30 chilometri, le indennità di trasferta di cui al primo comma del presente articolo sono ridotte di un terzo, salvo quanto disposto al terzo comma, lettera d), del successivo articolo 3. Per le qualifiche non indicate nella tabella allegata alla presente legge vale l'equiparazione di cui alla tabella unica degli stipendi, paghe o retribuzioni del personale statale allegata al decreto del Presidente della Repubblica 11 gennaio 1956, n. 19» (art. 1, legge n. 836/1973).

do dalla circostanza per la quale i ricorrenti, tutti in servizio presso la Polizia stradale, chiedevano l'accertamento del proprio diritto a percepire l'indennità di missione per i «servizi speciali mirati» espletati in un determinato lasso temporale – ha affermato che in sede di ricorso non venivano affatto specificati, nemmeno sinteticamente o per sommi capi, gli elementi concreti a supporto delle singole e specifiche pretese idonei a fondare la richiesta di ottenimento dell'indennità.

E invero, nessun riferimento alle singole posizioni dei diversi ricorrenti veniva effettuato, nemmeno attraverso una succinta esposizione o esplicitazione degli elementi essenziali di ciascuna posizione, come, ad esempio: indicando i periodi di assegnazione, la tipologia dei servizi esterni svolti e gli ordini di servizio impartiti. In tal modo, dunque, ad avviso dell'Autorità giudicante, si impediva, di fatto, alla controparte di prendere posizione sulle singole richieste dei ricorrenti e di formulare delle difese puntuali.

Richiamando la giurisprudenza in materia avente ad oggetto una fattispecie affine a quella del presente giudizio, il Collegio ha chiarito:

- con riguardo all'*onus probandi*, che «chi agisce in giudizio a tutela di un proprio diritto, deve indicare e allegare elementi, dati e documenti idonei a sostenere le proprie ragioni, demandando semmai al giudice un successivo approfondimento istruttorio; se tali elementi mancano viene meno il fatto costitutivo della domanda e viene impedito così l'esame di merito del ricorso»;
- con riguardo all'ammissibilità della domanda, che «Quanto (...) al ricorso collettivo la giurisprudenza ha da tempo evidenziato l'inammissibilità di azioni che nulla dicano in ordine alle diverse condizioni legittimanti e d'interesse di ciascuno dei ricorrenti, in quanto diversamente si impedisce, sia all'Amministrazione emanante, sia successivamente al giudice, di verificare il concreto e personale interesse dei ricorrenti e l'omogeneità degli interessi dedotti» (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2004 n. 196).

Alla luce di tali assunti, l'Organo giudicante è dunque addivenuto alla conclusione per la quale «(...) in un'ottica non improntata a formalismo, la mancata specificazione, almeno nei tratti essenziali, dei fatti che connotano la posizione di ciascuno dei soggetti che ricorrono collettivamente, preclude al giudice amministrativo di entrare nel merito della pretesa e quindi anche di esperire l'approfondimento istruttorio necessario per valutare la fondatezza della domanda» (Cons. Stato, III, 20 maggio 2014, n. 2581; in tal senso, da ultimo, anche T.A.R. Lazio, Roma, I *bis*, 21 agosto 2017, n. 9358).

Ciò anche al fine di rispettare il principio processuale in ordine all'onere della prova di cui è espressione l'art. 64 del c.p.a., a mente del quale «1. Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fonda-

mento delle domande e delle eccezioni. 2. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite. 3. Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione d'informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione. 4. Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo».

Alla luce della richiamata norma, infatti, il legislatore impedisce al Giudice amministrativo di sostituirsi totalmente alle parti nell'individuazione e nell'acquisizione del materiale probatorio. Ciò tanto più se si controverta su posizioni di diritto soggettivo in ambiti attribuiti alla giurisdizione esclusiva amministrativa (*ex art. 135, c.p.a.*).

Sulla base di tali premesse il Collegio giudicante ha accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso collettivo sollevata dal Ministero resistente.

E ancora, per quanto qui d'interesse, il Tar ha precisato come «(...) la proposizione del ricorso collettivo e cumulativo, rappresentando una deroga al principio generale secondo il quale ogni domanda, fondata su un interesse meritevole di tutela, deve essere proposta dal singolo titolare con separata azione, è assoggettata “al rispetto di stringenti requisiti, sia di segno negativo che di segno positivo: i primi sono rappresentati dall'assenza di una situazione di conflittualità d'interessi, anche solo potenziale, per effetto della quale l'accoglimento della domanda di una parte dei ricorrenti sarebbe logicamente incompatibile con quella degli altri; i secondi consistono, invece, nell'identità delle posizioni sostanziali e processuali dei ricorrenti, essendo necessario che le domande giurisdizionali siano identiche nell'oggetto, che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e che vengano censurati per gli stessi motivi” (Cons. Stato, IV, 27 gennaio 2015, n. 363; nonché, III, 21 marzo 2016, n. 1120; IV, 29 dicembre 2011, n. 6990; V, 24 agosto 2010, n. 5928; T.A.R. Valle d'Aosta, 8 marzo 2017, n. 10; T.A.R. Calabria, Catanzaro, II, 12 dicembre 2016, n. 2403; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 4 ottobre 2016, n. 1800). Del resto, è stato autorevolmente sostenuto che, nel processo amministrativo impugnatorio, “la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi – motivi si correlino strettamente a quest'ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo” (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5; altresì, IV, 26 agosto 2014,

n. 4277; V, 27 gennaio 2014, n. 398; V, 14 dicembre 2011, n. 6537)».

In definitiva, nel dichiarare l'inammissibilità del ricorso collettivo in quanto fondato su domande dal contenuto disomogeneo per le quali non veniva minimamente assolto l'onere probatorio ed aventi ad oggetto anche talune pretese evidentemente prescritte, il Collegio ha ritenuto di dover compensare le spese del giudizio, attesa la peculiarità della controversia.

Con la pronuncia in esame il Tar si pone sulla stessa lunghezza d'onda della giurisprudenza in materia, che ha affermato recentemente l'inammissibilità del ricorso collettivo quando il medesimo:

- nulla dica in ordine alle diverse condizioni legittimanti e d'interesse di ciascuno dei ricorrenti, in quanto tale situazione impedisce sia all'Amministrazione emanante, sia successivamente al Giudice, di verificare il concreto e personale interesse dei ricorrenti e l'omogeneità degli interessi dedotti. Ne consegue che, anche in un'ottica non improntata a formalismo, la mancata specificazione, almeno nei tratti essenziali, dei fatti che connotano la posizione di ciascuno dei soggetti che ricorrono collettivamente, preclude al Giudice amministrativo di entrare nel merito della pretesa e quindi anche di esperire l'eventuale attività istruttoria necessaria per valutare la fondatezza della domanda (Cons. Stato, sentenze nn. 196/2004 e 3575/2011);
- sia azionato da ricorrenti che non si trovino in situazioni del tutto identiche tra loro sia dal punto di vista sostanziale che processuale (Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2010, n. 5928). Difatti, nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato; di conseguenza la postulazione di un evento ipotetico e futuro, subordinato al verificarsi di una serie di condizioni e, quindi, di eventi allo stato incerti, è inidonea a garantire questo risultato (Cons. Stato, V, 15.7.2013, n. 3809);
- sia azionato da ricorrenti che non si trovino in situazioni del tutto identiche tra loro e tra i quali non si possa neppure escludere, almeno potenzialmente, l'esistenza di un conflitto di interessi (T.A.R. Campania-Napoli, V, 21.6.2013, n. 3221). Ciò in quanto, per costante giurisprudenza, il ricorso collettivo postula una situazione d'identità sostanziale e processuale in rapporto a domande giudiziali fondate sulle stesse ragioni difensive (Cons. Stato, VI, 11.7.2013, n. 3747);
- sia fondato su un interesse sostanziale che presenti punti di contrasto tra i ricorrenti, cosicché l'even-

tuale accoglimento del gravame non tornerebbe a vantaggio di tutti gli istanti ovvero nasconda un c.d. conflitto interno tra i ricorrenti;

- sia fondato su domande giurisdizionali che non siano identiche nell'oggetto, i cui atti impugnati non abbiano lo stesso contenuto e vengano censurati per gli stessi motivi (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 27 gennaio 2015, n. 363).

Con precipuo riguardo al ricorso collettivo e insieme anche cumulativo, la giurisprudenza è addivenuta all'inammissibilità del medesimo allorché tra gli atti gravati non sussistano oggettivi elementi di connessione, in quanto gli stessi non siano riconducibili nell'ambito del medesimo rapporto o di un'unica sequenza procedimentale (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2004 n. 6671; Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 2006 n. 991; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323; Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8914);

In altre parole il ricorso cumulativo sarà inammissibile quando fra gli atti impugnati non sussista una connessione procedimentale, ovvero un rapporto di presupposizione giuridica, o quantomeno di carattere logico. *Di contra*, ogni qual volta le domande cumulativamente avanzate si basino sugli stessi presupposti di fatto o di diritto e/o siano riconducibili nell'ambito del medesimo rapporto o di un'unica sequenza procedimentale, se ne dedurrà l'ammissibilità del ricorso.

Pertanto, è pienamente ammissibile il ricorso cumulativo quando tra i provvedimenti impugnati sussista un vincolo di connessione che legittimerebbe la riunione dei ricorsi (Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2009, n. 5548; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 17 settembre 2009, n. 1705; Cons. Stato, sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6560; Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5295).

E ancora, con una netta inversione di tendenza sul punto, la giurisprudenza ha ammesso, ai sensi del citato art. 32 c.p.a., il cumulo tra l'azione contro il silenzio e le domande per il risarcimento del danno e di annullamento (Cons. Stato, IV, 12 febbraio 2010, n. 773).

I Giudici amministrativi hanno precisato come il divieto di ricorso cumulativo sia finalizzato ad evitare confusione tra controversie del tutto differenti o innescate da atti amministrativi promananti da Autorità diverse e senza alcun collegamento tra loro. E invero, con le parole del Supremo Consesso amministrativo, l'assunto per il quale il ricorso debba essere rivolto a pena d'inammissibilità contro un solo atto ovvero contro atti diversi, purché collegati, «(...) va inteso senza formalismi, in termini di ragionevolezza e di giustizia sostanziale, sicché risulta ammissibile il ricorso cumulativo quando sussistono oggettivi elementi di connessione tra i diversi atti ovvero quando le domande cumulativamente avanzate si basino sugli stessi presupposti di fatto o di diritto» (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 03/10/2002, n. 5210).

Con un ulteriore passo in avanti i Giudici amministrativi hanno, poi, ritenuto che il ricorso cumulativo erroneamente proposto non debba essere dichiarato inammissibile nel suo complesso, dovendosi invece privilegiare l'azione alla quale il ricorrente risulti avere maggiore interesse.

Sulla stessa scia, il ricorso cumulativo proposto contro atti rispetto ai quali non vi sia un collegamento significativo è ammissibile rispetto all'atto o agli atti collegati riguardo all'impugnazione dei quali il ricorrente abbia maggiore interesse (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 1996, n. 310).

Ciò in linea con l'assunto giurisprudenziale (T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, sez. II, 18 dicembre 2008, n. 4667), pienamente condivisibile, secondo cui nel processo amministrativo, in assenza di un'espressa disciplina dell'istituto della connessione, il principio per il quale il ricorso giurisdizionale dev'essere diretto contro un solo atto, oppure contro atti distinti ma tra loro collegati tra loro, si fonda sulla necessità di evitare la confusione tra controversie del tutto diverse, come quando in un solo giudizio confluiscono atti che difettino di ogni collegamento e che attengano a rapporti sostanziali diversificati.

Proprio in tale ottica, dunque, l'esistenza di fattispecie connesse, idonee ad essere proposte con ricorso cumulativo, va assunta in termini di ragionevolezza, giustizia sostanziale e razionalità, senza formalismi ed in modo da non cagionare un inutile aggravio di adempimenti procedurali a carico di chi intenda tutelarsi avverso atti, ritenuti non legittimi, dell'Amministrazione (*ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 03/10/2002, n. 5210, Cons. Stato, sez. IV, 22/01/1999, n. 52; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 13/10/1998, n. 620 che evidenzia le ragioni di economia processuale dell'indirizzo interpretativo condiviso; Cons. Stato, sez. IV, 10/07/1996, n. 830; Cons. Stato sez. IV, 20/12/1996, 1311; Cons. Stato, sez. VI, 07/06/1994, n. 923).

Concludendo, la pronuncia in esame (sentenza n°1086/2017 del Tribunale Regionale per la Lombardia) appare ben motivata e del tutto condivisibile, in quanto totalmente in linea con la giurisprudenza in materia che ritiene l'utilizzo dello strumento del ricorso collettivo o anche insieme cumulativo come una deroga al principio generale, per il quale «ogni domanda proposta al giudice amministrativo deve essere fatta valere dal singolo titolare della situazione giuridica soggettiva con separate azioni» (Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2010, n. 5928).

Le "stringenti" condizioni di ammissibilità del ricorso collettivo, o anche insieme cumulativo, mirano, infatti, a scongiurare un abuso (come la possibile elusione delle disposizioni fiscali in materia di contributo unificato) ovvero un utilizzo distorto di uno strumento il cui utilizzo nella prassi sta sempre più prendendo piede.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

IL LUNGO CAMMINO DEL TERZO SETTORE. UN MUTAMENTO GIURIDICO E CULTURALE	1070
di Teodora Scarfò	
CONDOTTE RIPARATORIE ED ESTINZIONE DEL REATO	1077
di Roberta D'Onofrio	
ALCUNI ASPETTI DELLA DELEGA AL GOVERNO PER LA RIFORMA DELLE DISCIPLINE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA	1088
di Valentina Vitulano	



Teodora Scarfò
Notaio

Il lungo cammino del terzo settore. Un mutamento giuridico e culturale

abstract

Les pages qui suivent ont le but de rappeler au lecteur l'évolution de la législation qu'à partir des années '90 nous a amené au Codex du Troisième Secteur. Au cours de ces années des figures déjà existantes, aujourd'hui mieux réglées par le Codex, ont été protagonistes de nombreux événements de notre temps. La référence aux Organisations Bénévoles est claire. Nous les avons vu en action au cours de catastrophes naturelles, d'urgences humanitaires e de la tragédie des migrations. Nous ne pouvons pas cependant négliger le phénomène des coopératives sociales et des entreprises sociales qui ont contribué à l'économie au meilleur sens, participant d'un côté par la production de services dans domaines particulièrement utiles pour la collectivité, par exemple dans les domaines des soins de santé et de l'assistance sociale, de l'autre par la garantie de niveaux occupationels pour les personnes défavorisés. La creation d'une législation sectorielle organique et fonctionnelle ne peut que faire grandir une réalité très digne d'attention, telle qu'elle est celle des associations à but non lucratif. On s'attend également à que la nouvelle législation soit caractérisé par la transparence nécessaire afin de mieux faire connaître ces associations, ce qui pourrait entraîner un changement culturel qui leur permettrait une action plus facile et efficace.

mots clés

Toisième secteur – A but non lucrative – Social.

abstract

Le pagine che seguono hanno l'intento di riportare alla mente del lettore l'evoluzione normativa che dagli anni '90 ad oggi ha condotto al Codice del Terzo Settore. In questi anni alcune delle figure già esistenti, ed oggi meglio regolamentate dal Codice, sono state protagoniste di molti degli eventi del nostro tempo. È facile il riferimento alle Organizzazioni di Volontariato. Le abbiamo viste all'opera nei disastri ambientali, nelle emergenze umanitarie e nella tragedia delle migrazioni. Ma non possiamo certamente non considerare il fenomeno delle cooperative sociali e delle imprese sociali che hanno contribuito all'economia nel senso migliore, intervenendo da un lato a produrre servizi in ambiti di particolare utilità per la collettività, come nel campo dell'assistenza sanitaria e sociale, e dall'altro ad assicurare livelli occupazionali anche per soggetti svantaggiati. La costruzione di una normativa di settore organica e funzionale non potrà che far crescere una realtà degna di grande considerazione quale quella degli enti non profit. Ci si aspetta anche, come chiarito fin dalla legge delega, che le nuove norme portino la trasparenza necessaria a far meglio conoscere tali enti, determinando un cambiamento culturale che ne renda più facile ed efficace l'azione.

parole chiave

Terzo settore – Non profit – Sociale.

sommario

1. Il panorama antecedente la Riforma. – **2.** La Legge delega. – **3.** La Riforma. – **4.** I mutamenti in atto. – **5.** Conclusioni.

1. Il panorama antecedente la Riforma

Chunque, in campo giuridico, si sia trovato a dover operare nell'ambito del c.d. non profit non può non aver provato a primo impatto un senso di smarrimento.

La sensazione netta era, e speriamo in un futuro prossimo non debba più essere, di essersi imbattuti in enti anomali, dalla fisionomia incerta, con pochi punti di riferimento ed una regolamentazione da un lato chiusa nell'angusto perimetro di leggi speciali e dall'altro protesa verso gli antichi principi codicistici nel vano tentativo di rientrare nell'armonia dell'ordinamento giuridico.

Lo stesso appellativo “Terzo Settore” rammenta

con immediatezza all'interprete come si tratti di un ambito operativo che si è fatto spazio tra le due realtà classiche dell'associazionismo puro e delle società commerciali. Tradizionalmente la dottrina marcava il confine definendo associazione tutto ciò che non era riconducibile alla normativa societaria. Un posto a sé avevano ed hanno le fondazioni ed i comitati, caratterizzati le prime dalla funzione preminente del patrimonio ed i secondi da un'attività promozionale di scopi ed idee più che produttiva di attività soddisfattive di un bisogno materiale o spirituale e culturale attraverso l'impegno di un gruppo.

Fino agli anni '90 tutte le formazioni associative, nonostante la complessità che progressivamente assumevano, erano regolate dagli articoli del codice civile (oggi artt. dal 14 al 32 e dal 35 al 42, essendo stati abrogati gli artt. 33 e 34). Con i primi anni '90 alla regolamentazione codicistica si sono aggiunte numerose leggi statali, nella maggioranza dirette a perseguire finalità fiscali. È evidente l'intento del legislatore di far emergere contribuzioni fiscali, sia pur agevolate, che in assenza di norme sarebbero rimaste avvolte dalla nebbia dell'associazionismo puro, privo per definizione di qualunque aspetto reddituale degno di nota, essendo le eventuali attività economiche relegate in posizione ancillare finalizzata esclusivamente al sostentamento dello scopo ideale perseguito.

Tra le leggi che hanno regolato di volta in volta aspetti rilevanti di quel fenomeno che potremmo definire associazionismo "diverso" sono da ricordare la l. 8.11.1991 n. 381 contenente la disciplina delle cooperative sociali destinate a perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi o lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate; la l. 7.12.2000 n. 383 contenente la disciplina delle associazioni di promozione sociale, le c.d. APS, ovvero delle associazioni riconosciute e non riconosciute, dei movimenti, dei gruppi e dei loro coordinamenti o federazioni costituiti al fine di svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati; la l. 11.08.1991 n. 266 costituente la legge quadro sul volontariato, con la quale si riconosce in via normativa il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo e si afferma quale scopo della Repubblica la promozione del suo sviluppo e la salvaguardia della sua autonomia quale strumento idoneo a produrre apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale individuate dallo Stato, dalle Regioni, dalle province autonome di Trento e di Bolzano e dagli Enti locali; il d.lgs. 4.12.1997 n. 460 recante il riordino della disciplina tributaria per le c.d. ONLUS, Orga-

nizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale. Quindi, come si può notare, normativa per l'utilizzo delle formazioni associative nella sanità e nell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, nelle attività di utilità sociale in genere, normativa di ampio respiro diretta a regolare i rapporti tra volontariato e Stato, Regioni ed Enti Locali, infine normativa tributaria diretta ad inquadrare ed agevolare tutte le attività economiche non dirette al lucro e svolte con finalità di utilità sociale. Emerge dal tema delle singole leggi il navigare a vista del legislatore di fronte ad un fenomeno ampio, multiforme e spesso dai connotati non ben definiti.

Proprio dalla legge quadro sul volontariato nasce il sistema di norme statali, norme regionali e delle province autonome finalizzate all'organizzazione della tenuta dei registri stabiliti dalla legge statale per determinate categorie di enti di competenza territoriale.

In definitiva il Terzo settore ha avuto fino ai giorni della Riforma una nascita ed una vita che in un certo senso prescindevano dalle norme, in quanto quelle esistenti erano prive di sistematicità, differenti per campo d'intervento e non collegate da alcun filo conduttore. Ma, come sempre accade, il diritto in rare occasioni è fonte di cambiamento nella realtà e nella società, molto più spesso le insegue e cerca di dare fisionomia e certezza ai fenomeni di maggiore rilevanza. Il Terzo Settore dal momento della comparsa delle cooperative sociali ha assunto un'assoluta rilevanza nel panorama economico italiano (secondo l'ultimo censimento ISTAT in Italia esistono circa 300.000 enti non profit che incidono del 3,4% sul Pil nazionale), da qui l'emergenza della Riforma, la necessità di dare al Terzo Settore un riconoscimento sociale, economico e istituzionale ancorato ad un impianto giuridico organico.

2. La legge delega

Con la legge 6 giugno 2016 n.106 è stata conferita al governo una delega per riformare il Terzo settore, l'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile militare. Il Terzo settore è definito come l'area di azione degli enti privati costituiti con finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale che, senza scopo di lucro, promuovono e realizzano attività d'interesse generale, mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi, in coerenza con le finalità stabilite nei rispettivi statuti o atti costitutivi.

Già con la legge delega si precisa l'esclusione dall'ambito del Terzo Settore delle formazioni e delle associazioni politiche, dei sindacati, delle associazioni professionali di categorie economiche e delle fondazioni bancarie. Tra le finalità perseguite dalla delega rientra la revisione della disciplina contenuta nel codice civile in tema di associazioni e fondazioni, da attuare secondo principi e criteri direttivi ben specificati. È prevista in sede di attuazione la precisa definizione dell'impresa sociale, che per rientrare a pieno titolo

nella disciplina del Terzo Settore deve svolgere attività d'impresa per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, destinare i propri utili prioritariamente al conseguimento dell'oggetto sociale, adottare modalità di gestione responsabili e trasparenti, favorire il più ampio coinvolgimento dei dipendenti, degli utenti e di tutti i soggetti interessati alle sue attività.

Si rinvia ai decreti delegati per individuare i settori d'interesse generale nei quali si potrà esercitare l'attività d'impresa, prevedere le forme di remunerazione del capitale sociale che possano assicurare la prevalente destinazione degli utili al conseguimento dell'oggetto sociale, prevedere il divieto di ripartire eventuali avanzi di gestione degli utili destinandoli al conseguimento degli obiettivi sociali, prevedere l'obbligo di redigere il bilancio, coordinare la disciplina dell'impresa sociale con il regime delle attività d'impresa svolte dalle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, prevedere la nomina, in base a principi di terzietà, di uno o più sindaci con funzioni di vigilanza.

Accanto agli interventi strettamente inerenti il Terzo Settore e l'impresa sociale la legge delega prevede anche il riordino del servizio civile nazionale con l'istituzione del Servizio civile universale finalizzato alla difesa non armata della patria e alla promozione dei valori fondativi della Repubblica. È previsto un meccanismo, di norma triennale, di formazione di contingenti di giovani italiani e stranieri, regolarmente soggiornanti, di età compresa tra 18 e i 28 anni, che possono essere ammessi, tramite bando pubblico, al servizio civile universale. Lo status giuridico dei soggetti che presteranno il servizio sarà regolato mediante l'instaurazione, tra i giovani e lo Stato, di uno specifico rapporto di servizio civile non assimilabile al rapporto di lavoro e quindi con l'esclusione da ogni imposizione tributaria per le prestazioni rese. Il servizio, di durata limitata, non inferiore ad otto mesi complessivi e non superiore ad un anno, dovrà temperare le finalità dello stesso con le esigenze di vita e di lavoro dei giovani coinvolti ed il riconoscimento e la valorizzazione delle competenze da loro acquisite durante il suo espletamento.

Infine tra gli obiettivi della legge delega troviamo il riordino della disciplina tributaria e delle varie forme di fiscalità di vantaggio a favore degli enti del Terzo settore secondo le seguenti principali linee guida: la revisione complessiva della definizione di ente non commerciale ai fini fiscali; la razionalizzazione delle agevolazioni fiscali connesse all'erogazione di risorse al terzo settore; la riforma dell'istituto del cinque per mille, anche con lo scopo di rendere noto l'utilizzo delle somme devolute con tale strumento; la razionalizzazione dei regimi fiscali di favore relativi al terzo settore; l'introduzione di misure per la raccolta di capitali di rischio e, più in generale, per il finanziamento del terzo settore; l'assegnazione d'immobili pubblici inutilizzati; la revisione della disciplina delle ONLUS.

3. La Riforma

L'approvazione dei quattro decreti legislativi che danno corpo alla delega per la riforma del Terzo settore segna sicuramente la svolta, il principio di un lungo cammino che ha però oggi una strada chiara da seguire. Il non profit cessa di essere il fenomeno romantico e poetico del passato ed assume il volto normale dell'attività di un gruppo che da un lato produce utilità sociale e dall'altro crea lavoro e reddito per coloro che partecipano. L'esistenza di regole chiare rende le organizzazioni non profit riconoscibili e consente che esse abbiano la stessa dignità legislativa delle società e delle cooperative, aspetto che permette l'affidamento dei terzi, un rapporto trasparente con il fisco, con la pubblica amministrazione, ma anche fra gli stessi enti o nelle relazioni con i donatori.

Due i provvedimenti normativi di maggior impatto: il Decreto Legislativo 3 luglio 2017 n. 112 che disciplina le imprese sociali ed il Decreto Legislativo 3 luglio 2017 n. 117 che contiene il codice del Terzo Settore.

Il primo opera la rivisitazione dell'istituto dell'impresa sociale introdotto nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 24 marzo 2006 n. 155; tale rivisitazione, dettata dalla volontà di dare slancio ad una figura di scarsissimo successo, ha il proprio motore nella concessione di agevolazioni fiscali e nel riconoscimento di una limitata distribuzione di utili. *Per il raggiungimento dello scopo sono inoltre previsti per le imprese sociali aiuti economici importanti.* È stata sottoscritta tra il Ministero dello Sviluppo Economico, l'ABI e la Cassa Depositi e Prestiti un'apposita Convenzione con il fine dichiarato di sostenere la crescita e lo sviluppo delle imprese che operano nel circuito non profit. La misura prevede la concessione di un prestito agevolato per la realizzazione di programmi d'investimento che presentino spese ammissibili incluse tra i 200 mila ed i 10 milioni di euro. Il finanziamento globale del progetto, che riveste l'80% delle spese ammissibili, si compone per il 30% del finanziamento bancario e per il restante 70% dal finanziamento agevolato che, a sua volta, usufruisce di un regime fiscale favorevole con un tasso d'interesse dello 0,50% e restituzione del capitale in 15 anni. Secondo quanto disposto dal Ministro dello Sviluppo Economico con suo decreto l'impresa è obbligata a garantire la copertura finanziaria del programma d'investimento con l'ausilio di risorse proprie, ovvero tramite finanziamento esterno, per un ammontare pari ad almeno il 20% delle spese ammissibili. L'inizio del programma d'investimento potrà avvenire soltanto a seguito della presentazione della domanda di agevolazione e, tuttavia, non oltre sessanta giorni dalla firma del contratto di finanziamento. Con lo stesso provvedimento sono stati inoltre stanziati 23 milioni di euro da destinare alla concessione di un contributo a fondo perduto per le imprese (con programmi d'investimento inferiori a 3 milioni

di euro e nei limiti del 5% delle spese ammissibili totali) che accedono al finanziamento agevolato. Le istanze potranno essere avanzate a decorrere dal 7 novembre 2017 e la misura, unitamente agli incentivi fiscali per le imprese sociali introdotti dalla Riforma del Terzo settore, potrà favorire il sorgere, nel settore non profit di moderne forme d'imprenditorialità che, a loro volta, potranno originare benessere e lavoro, fine precipuo della Riforma.

Il codice del Terzo Settore è ovviamente il cuore della Riforma e tenta di dare una disciplina comune ad una molteplicità di formazioni associative differenti per dimensioni, costi, organizzazione e forme, spesso caratterizzate da elementi d'internazionalità. Si occupa inoltre del complesso fenomeno del volontariato, nel cui ambito occorre garantire trasparenza nei rapporti con i terzi beneficiari e con i donatori, ma occorre anche non mortificare la spontaneità delle organizzazioni con costi economici e strutturali insostenibili. Il nuovo codice contiene una ricca normativa che va dalla disciplina degli enti del terzo settore in generale (Titolo II), al volontariato e alla relativa attività (Titolo III), alle associazioni e fondazioni del terzo settore (Titolo IV), fino alle particolari categorie di enti quali le associazioni di promozione sociale e gli enti filantropici.

L'articolo 2 del d.lgs. n. 117 stabilisce i principi generali del Codice del Terzo Settore che sono poi sviluppati nei dodici titoli per 104 articoli che lo compongono. La norma afferma il riconoscimento del valore e della funzione sociale "degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo"; stabilisce che "ne è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali".

Premessi lo spirito e le finalità del Codice in apertura dello stesso, il legislatore sceglie, con chiarezza come richiesto dalla legge delega, di abrogare espressamente con l'art. 102 la l. 266/1991 sulle organizzazioni di volontariato, la l. 383/2000 sulle associazioni di promozione sociale e gli artt. dal 10 al 29 del d.lgs. 460/1997 sulle ONLUS, sia pur con la precisazione che quest'ultima abrogazione, ai sensi del secondo comma dell'art. 104, ha decorrenza dal periodo d'imposta successivo all'autorizzazione della Commissione Europea di cui al decimo comma dell'art. 101 e comunque non prima del periodo d'imposta successivo all'operatività del Registro Unico. Fino a quel momento continuano ad applicarsi le norme precedenti dettate con riferimento all'iscrizione nei registri di ONLUS, di ODV, di APS e delle imprese sociali (secondo comma dell'art. 101). In maniera altrettanto encomiabile il legislatore sceglie di non modificare il codice civile.

Nascono quindi con la Riforma gli Enti del Terzo Settore o più brevemente ETS, ai quali si applicheranno, a determinate condizioni, le norme del Codice del Terzo Settore in via principale ed in via solo residuale le norme del Codice civile, le uniche applicabili agli enti non ETS. Enti non ETS saranno non solo quelli precedenti alla Riforma che non si adegueranno alla normativa da essa dettata, ma anche gli Enti di nuova costituzione che comunque non vogliono adottarla e che quindi troveranno le sole regole nel codice civile e non più nella normativa "speciale" preesistente.

Il Codice del Terzo Settore, oltre ad abrogare molte normative frammentarie, tenta una definizione unitaria degli ETS, l'individuazione delle loro caratteristiche generali e di una disciplina comune. Il primo comma dell'art. 4 contribuisce con chiarezza a delineare i primi due aspetti: "Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività d'interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.

Il cardine del sistema dal punto di vista organizzativo è il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore; sono ETS soltanto gli enti iscritti nel Registro Unico per i quali il codice del Terzo Settore costituisce la principale fonte di diritto e per i quali sono applicabili solo per quanto non previsto ed in quanto compatibili anche le norme del codice civile in materia e le relative disposizioni di attuazione (come precisa l'art.3 del Codice).

Il Registro Unico è istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che è quindi il dicastero di riferimento per tutto il Terzo Settore e che dovrà emanare i decreti attuativi ancora da promulgare. Allo stesso Ministero spetterà il potere di vigilare sull'intero sistema ed in particolare sul funzionamento della procedura di registrazione degli enti.

Il successo della Riforma è legato al successo del Registro Unico, la cui centralità segna appunto la linea di partenza del lungo cammino che aspetta il Terzo Settore. I tempi dell'avanzamento progressivo nell'attuazione del Codice sono dettati dall'art. 53 del d.lgs. 117.

Entro un anno dall'entrata in vigore del Codice il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali dovrà determinare con decreto la procedura per l'iscrizione, indicando i documenti da presentare, le modalità di deposito degli atti, le regole per predisporre, tenere,

conservare e gestire il Registro Unico e le modalità di comunicazione tra il Registro delle imprese e il Registro Unico relativamente alle imprese sociali e agli ETS che esercitano attività commerciali.

Entro i sei mesi successivi all'entrata in vigore del decreto ministeriale, Regioni e Province autonome dovranno disciplinare i procedimenti amministrativi per l'emanazione dei provvedimenti d'iscrizione e cancellazione degli ETS. A tale scopo dovranno munirsi di una struttura informatica e negli ulteriori sei mesi dall'informatizzazione necessaria gli stessi enti pubblici territoriali dovranno rendere operativo il sistema.

Il Registro Unico sarà istituito presso il Ministero, ma sarà operativamente gestito su base territoriale; non sono allo stato individuate, neanche programmaticamente, le strutture competenti. Il Registro sarà pubblico ed accessibile a tutti gli interessati con modalità telematiche. Queste caratteristiche ne fanno il fulcro della trasparenza alla quale la Riforma ambisce. Dovremo però attendere il decreto attuativo per comprenderne il funzionamento, le modalità di accesso e la verifica delle attese che esso suscita.

Dalle sezioni che compongono il Registro Unico riemerge anche la classificazione degli ETS.

L'art. 46 del Codice individua le sette sezioni e sono pertanto Enti del Terzo Settore:

- a) le Organizzazioni di volontariato (OdV);
- b) le Associazioni di promozione sociale (APS);
- c) gli Enti filantropici;
- d) le Imprese sociali, incluse le cooperative sociali;
- e) le Reti associative;
- f) le Società di mutuo soccorso;
- g) gli Altri enti del Terzo settore.

Quest'ultima sezione crea una qualche incertezza, il riferimento agli "altri Enti del Terzo Settore" non mancherà di complicare la vita dell'interprete di fronte a fattispecie prive di caratteri ortodossi e quindi riconoscibili, specie tenuto conto degli elementi d'internazionalità di alcune formazioni associative.

Va anche sottolineato che nelle definizioni contenute nel Codice del Terzo Settore le organizzazioni di volontariato sono messe al primo posto. Non sembra una scelta casuale, perché in effetti i maggiori benefici ed incentivi sono rivolti alle odv ed in particolare a quelle più piccole. Non sembra poi che tutti gli enti, grandi e piccoli, siano messi sullo stesso piano sotto il profilo degli oneri organizzativi. Per esempio gli enti che hanno entrate sotto i 100mila euro non hanno l'obbligo di pubblicare on line i compensi corrisposti. Parimenti l'obbligo per l'ente di nominare un organo di controllo interno o un revisore legale dei conti scatta solo superate soglie dimensionali abbastanza elevate.

Sono di grande interesse gli aspetti tributari e fiscali regolamentati dal Codice. Per esempio per la contabilità è istituito un nuovo regime forfettario riservato agli enti del terzo settore non commerciali e vengono

definite nuove regole per la redazione del bilancio d'esercizio e del bilancio sociale. A decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2017 risulteranno operative le norme in tema di social bonus, le regole sulle imposte indirette e sui tributi locali, le deduzioni e le detrazioni per erogazioni di carattere liberale. È stato istituito un credito d'imposta per le erogazioni liberali in denaro a favore degli enti del terzo settore non commerciali che hanno presentato un progetto per il recupero degli immobili pubblici inutilizzati e dei beni mobili e immobili confiscati alla criminalità organizzata a loro assegnati.

Il futuro del Terzo Settore è, come detto, in attesa però dell'attuazione del Registro Unico e quindi ancora ai primi passi. È necessario allora esaminare brevemente la situazione nella quale versano gli enti esistenti in attesa di potersi iscrivere nel Registro con gli effetti che il Codice del Terzo Settore prevede.

4. I mutamenti in atto

Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale attualmente iscritte nei registri speciali tenuti dalle regioni e dalle province autonome saranno ai sensi dell'art. 54 del Codice oggetto di una "trasmigrazione dei registri esistenti". Quindi saranno gli enti pubblici territoriali a provvedere alla comunicazione al Registro Unico dei dati in loro possesso il giorno antecedente l'operatività del Registro Unico. Gli uffici del Registro Unico potranno in ogni caso rivolgersi agli enti per richiedere ulteriori informazioni o documenti entro centottanta giorni dalla comunicazione, al fine di verificare la sussistenza dei requisiti per l'iscrizione. L'omessa trasmissione delle informazioni e dei documenti necessari entro i sessanta giorni dalla richiesta comporta la mancata iscrizione nel Registro Unico. La conseguenza della non iscrizione nel Registro Unico è che l'Organizzazione di Volontariato o l'Associazione di Promozione Sociale restano enti privi della qualificazione di Ente del Terzo Settore, quindi di tutti i benefici derivanti da tale qualifica, benefici che nella forma originaria con la quale le OdV e le APS sono state costituite e nella quale comunque sopravvivono non possono più spettare loro in quanto sono state abrogate le norme relative. Gli enti sopravvivono come associazioni riconosciute e non riconosciute, regolate dalle norme del codice civile, non potranno più utilizzare nella loro denominazione l'indicazione di OdV o di APS o locuzioni equivalenti. Tale indicazione potrà, dal momento dell'istituzione del Registro Unico, essere usata solo dagli ETS iscritti nelle relative sezioni (art. 32, terzo comma, e art. 35, quinto comma).

L'articolo 32 del Codice del Terzo Settore stabilisce che le Organizzazioni di Volontariato possono assumere solo la forma di associazione riconosciuta o non riconosciuta e sono obbligate a inserire l'intera dizione o il suo acronimo nella loro denominazione.

Il secondo comma dell'art. 101 del Codice in via transitoria prevede che "fino all'operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore, continuano ad applicarsi le norme previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall'iscrizione degli enti nei Registri Onlus, Organizzazioni di Volontariato, Associazioni di promozione sociale e Imprese sociali che si adeguano alle disposizioni del presente decreto entro diciotto mesi dalla data della sua entrata in vigore. Entro il medesimo termine, esse possono modificare i propri statuti con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria". Quindi allo stato il requisito dell'iscrizione al Registro Unico da parte degli enti del Terzo settore s'intende soddisfatto con l'iscrizione ad uno dei registri attualmente previsti dalle normative di settore. Gli enti interessati devono però adeguarsi alle disposizioni del Codice entro diciotto mesi dal 3 agosto 2017, data della sua entrata in vigore. I contenuti dell'"adeguamento" degli enti destinati a trasmigrare nel Registro Unico non possono essere esposti in maniera generica e comune a tutti. Ognuna delle fattispecie che aspirano ad un posto nel Terzo Settore deve essere oggetto di un'analisi specifica e mirata in altra sede.

La categoria delle Onlus sparisce dall'elencazione del Codice del Terzo Settore e ciò appare coerente con la volontà di razionalizzazione del settore manifestata dal legislatore già al momento della delega. L'essere Onlus è stata un'etichetta apposta ad enti strutturalmente diversi accomunati dall'assenza di lucro e dall'attività volta all'utilità sociale, alla quale venivano riconosciuti particolari regimi agevolativi. Oggi l'etichetta è per tutti "Enti del Terzo Settore", distribuiti tra le categorie del Codice secondo caratteristiche e strutture ivi previste.

Come avvenuto anche in altre circostanze è stabilito che per l'adeguamento le modifiche statutarie potranno essere assunte "con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria". La norma è sicuramente dettata per ridurre le maggioranze necessarie alle delibere, ma anche per consentire l'alleggerimento economico degli enti che potranno provvedere senza spese dovute all'intervento di professionisti. Questo è l'equivoco che affligge spesso le normative dei nostri tempi. L'assenza dei formalismi, in questo caso dell'assemblea straordinaria con verbale redatto da pubblico ufficiale, non significa che non si senta in ogni caso la necessità di ricorrere all'assistenza di professionisti con le necessarie competenze. L'intervento del notaio nell'assemblea degli enti ha un duplice beneficio: da un lato consente di ottenere un'adeguata assistenza legale ai privati con costi ragionevoli e dall'altra assicura alla collettività l'ingresso in pubblici registri (e tale è il Registro Unico del Terzo Settore) di dati certi e verificati nella loro legalità.

Le imprese sociali sono regolate autonomamente dal d.lgs. n. 112/2017 e saranno iscritte un'apposita

sezione del Registro delle Imprese. Questa iscrizione tiene luogo dell'iscrizione nel Registro Unico del Terzo settore ed ha natura costitutiva ai fini dell'acquisizione della qualifica d'impresa sociale. Una sezione speciale del Registro delle Imprese esisteva già in forza dell'art. 5 dell'abrogato d.lgs. N. 155/2006 (Disciplina dell'impresa sociale) e non è chiaro se verrà utilizzata la sezione speciale preesistente. Va evidenziato che tutti gli altri ETS sono soggetti nel caso in cui svolgano un'attività commerciale alla duplice iscrizione nel Registro Unico e nel Registro delle Imprese. La peculiare situazione delle imprese sociali fa pensare che la sezione d) del Registro Unico dedicata alle imprese sociali ed alle cooperative sociali coincida con la sezione speciale del Registro delle Imprese.

La legge 8 novembre 1991 n. 381, che regola le cooperative sociali e i loro consorzi, resta in vigore.

Per le associazioni e fondazioni il Registro Unico porta una semplificazione notevole nel procedimento di acquisizione della personalità giuridica. L'art. 22 del Codice prevede che le associazioni e fondazioni ETS acquistino la personalità giuridica mediante iscrizione nel Registro Unico in deroga al DPR n. 361/2000.

Vengono inoltre dettate norme che facilitano la costituzione finalizzata al riconoscimento in quanto è, per esempio, fissato per legge un patrimonio minimo, pari a 30.000,00 euro per le fondazioni e a 15.000 euro per le associazioni; in questo modo diventa più facile per coloro che intendono ottenere il riconoscimento valutarne con immediatezza la possibilità in rapporto alle proprie forze economiche. Con un avvicinamento al diritto societario si affida al notaio la verifica della sussistenza delle condizioni previste dalla legge per la costituzione dell'ente ed il controllo sul patrimonio minimo, nonché la richiesta dell'iscrizione presso il Registro Unico, al quale spetterà il solo controllo della regolarità formale della documentazione. Il terzo comma dell'art. 22 prevede una procedura analoga a quella disciplinata dal terzo comma dell'art. 2436 c.c. per le società, stabilisce, infatti, che gli interessati, in seguito al diniego del notaio di procedere all'iscrizione non esistendo a suo giudizio le condizioni per l'iscrizione, possono chiederla direttamente al Registro Unico; in caso di silenzio dell'Ufficio l'iscrizione s'intende negata. Il quinto comma dell'art. 22, sempre in analogia a quanto stabilito per le società di capitali (artt. 2446-2447 e 2482-bis -2482-ter c.c.), prevede, inoltre, in considerazione dell'autonomia patrimoniale, l'obbligo di ripianamento del patrimonio minimo in conseguenza di perdite che lo riducessero di oltre un terzo.

Le associazioni e fondazioni ETS possono acquisire la personalità giuridica anche mediante la procedura ordinaria del DPR n. 361/2000 che non è stato abrogato; in tal caso l'iscrizione al Registro Unico dovrebbe probabilmente avvenire su richiesta della Prefettura o della Regione che hanno competenza alla verifica prevista dall'art. 1 del d.p.r., n. 361/2000.

Al di fuori dalla previsione dell'art. 22 che regola le associazioni riconosciute e le fondazioni, l'atto costitutivo e lo statuto potranno essere redatti in conformità a modelli standard tipizzati predisposti dalle reti associative e approvati dal Ministero del lavoro (art. 47, quinto comma).

La procedura d'iscrizione degli ETS è disciplinata dagli artt. 47 e seguenti del Codice, nei quali sono anche indicati i dati da comunicare al Registro Unico e le modifiche dell'ente che devono essere iscritte. Si tratta di aspetto di particolare delicatezza perché l'art. 52 stabilisce che gli atti per i quali è previsto l'obbligo d'iscrizione nel Registro Unico sono opponibili ai terzi soltanto dopo la loro pubblicazione, a meno che l'ente non provi che i terzi ne erano a conoscenza, in perfetta analogia con il terzo comma dell'art. 2300 c.c. in tema di società.

Da ultimo va ricordata l'introduzione nel codice civile dell'art. 42 *bis* che disciplina con il richiamo a molte norme del diritto societario la trasformazione, la fusione e la scissione delle associazioni, riconosciute e non, e delle fondazioni.

5. Conclusioni

In conclusione gli enti che non aspirino al particolare status degli ETS ed ai benefici connessi non vivono alcun cambiamento e potranno continuare a sopravvivere ed anche a costituirsi *ex novo* come avvenuto prima del 3 agosto 2017. Negli altri casi occorrerà inquadrare l'ente all'interno di una delle sezioni del Terzo Settore, adottando in sede di costituzione o di adeguamento la regolamentazione interna conforme alle prescrizioni del Codice del Terzo Settore in modo da poter ottenere l'iscrizione nel Registro Unico per trasmigrazione o richiesta volontaria.

Fino all'attuazione del Registro Unico il riconoscimento delle fondazioni ed associazioni riconosciute continuerà ad essere regolato solo dal d.p.r. 361/2000, non potendosi ricorrere alla procedura guidata dal notaio.

La Riforma è complessa e molti sono gli aspetti che meritano singoli approfondimenti, a cominciare dalla costruzione di quanto deve ritenersi comune a tutti gli ETS e di quanto invece è peculiare alle singole figure. Esistono le nuove figure degli enti filantropici, delle reti associative, dei centri di servizi per il volontariato. Esistono il cuore economico della Riforma costituito dalla disciplina contabile e fiscale degli ETS e dalle agevolazioni per l'accesso ai finanziamenti, il nuovo sistema di controllo e gli organi pubblici e privati a ciò preposti, i rapporti con la pubblica amministrazione, le operazioni straordinarie ora disciplinate dall'art. 42-*bis* c.c. e molto altro. Ciascuno di questi punti necessita di uno studio a sé che vada oltre il fugace sguardo d'insieme che si è dato con queste pagine. Quindi la conclusione è data dal titolo: il lungo cammino del Terzo Settore. Siamo ai primi passi di una riorganizza-

zione normativa epocale che necessita di una naturale fase di rodaggio e di numerosi approfondimenti, anche giurisprudenziali, sui singoli aspetti.

NOVITÀ LEGISLATIVA

Roberta D'Onofrio
Giudice presso il Tribunale di Campobasso

Condotte riparatorie ed estinzione del reato

abstract

The new institute of the rehabilitative conducts, introduced in our sorting by the “Orlando” reform, has the purpose to deflate justice from a whole range of minor criminal offenses in the event that the offender obtains the extinction of the offense where he repairs the crime.

The structure of the norm is however generic as it doesn't outline the traits of the repentance -so that the judge's decision is not anchored to rigid parameters- nor are defined the rules of criminal procedural law.

At the last, the limitation of the scope of the offenses to partial infringement only, greatly reduces the desirable deflating effect.

keywords

Rehabilitative conducts – “Orlando” reform – minor criminal offenses – Extinction of the offense – Repentance – Deflating effect.

abstract

L'istituto delle condotte riparatorie, introdotto nel nostro ordinamento dalla riforma “Orlando”, mira ad ottenere un effetto deflattivo, in particolare con riferimento ad una sorta di diritto penale “minore”, per tutti i casi in cui il reo ottenga l'estinzione del reato ove egli ripari il crimine.

La struttura della disposizione è, tuttavia, generica in quanto non delinea gli elementi sintomatici dell'effettiva resipiscenza dell'autore del reato – così che la decisione del giudice rischia di scadere nell'arbitrio – né sono tratteggiate le norme di diritto processuale di raccordo.

In ultimo, la limitazione dell'ambito applicativo ai soli reati procedibili a querela di parte riduce prevedibilmente l'auspicato effetto deflattivo.

parole chiave

Condotte riparatorie – riforma “Orlando” – Diritto penale “minore” – Estinzione del reato – Resipiscenza – Effetto deflattivo.

sommario

1. Genesi dell'istituto e precedenti applicazioni nel procedimento dinanzi al giudice di pace. – **2.** La causa estintiva del reato per condotte riparatorie introdotta dall'art. 162-ter c.p. – **3.** Aspetti problematici, carenza di una disciplina processuale e spunti di riflessione.

1. Genesi dell'istituto e precedenti applicazioni nel procedimento dinanzi al giudice di pace

La *ratio* della ragionevole durata del processo e della deflazione del contenzioso ha ispirato negli ultimi anni l'introduzione nel sistema penale di istituti alternativi già sperimentati in altri procedimenti, quali la messa alla prova per adulti, *ex art.* 168-bis e ss. c.p., la

non procedibilità per tenuità del fatto, prevista dall'articolo 131-bis c.p., nonché, da ultimo, l'estinzione del reato per condotte riparatorie introdotto dall'articolo 1 e seguenti della legge 23 giugno 2017 n. 103 (cosiddetta “riforma Orlando”) vigente dal trentesimo giorno dalla sua pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale”, avvenuta in data 4 luglio 2017.

L'istituto dell'estinzione per condotte riparatorie era in realtà già stato introdotto nel procedimento davanti al giudice di pace e previsto dall'art. 35 del d.lgs. 274/2000, volto a valorizzare, ai fini dell'estinzione del reato, una condotta *post delictum* dell'imputato, consistente in un'attività di segno contrario rispetto all'illecito perpetrato e finalizzata al risarcimento del danno,

alla riparazione ed all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Il che a valorizzare una condotta successiva alla commissione del reato che sia sintomatica di inequivocabile resipiscenza ed, al contempo, esaustiva delle istanze risarcitorie e riparatorie provenienti dalla persona offesa.

L'istituto dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, così come disciplinato dall'art. 35¹ del citato decreto legislativo, si colloca nell'ambito dei meccanismi deflattivi e conciliativi² che connotano l'intera disciplina del procedimento dinanzi al giudice di pace³, la cui *ratio* è l'ispirazione al *favor reparandi*, al *favor rei* e la conformità ai principi di eccezionalità e di sussidiarietà del processo e della pena⁴.

Nel procedimento davanti al giudice di pace l'e-

¹ La norma, nello specifico, recita: Art. 35 «Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. 1. Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

2. Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione.

3. Il giudice di pace può disporre la sospensione del processo, per un periodo non superiore a tre mesi, se l'imputato chiede nell'udienza di comparizione di poter provvedere agli adempimenti di cui al comma 1 e dimostri di non averlo potuto fare in precedenza; in tal caso il giudice può imporre specifiche prescrizioni. 4. Con l'ordinanza di sospensione, il giudice incarica un ufficiale di polizia giudiziaria o un operatore del servizio sociale dell'ente locale al fine di verificare l'effettivo svolgimento delle attività risarcitorie e riparatorie, fissando nuova udienza ad una data successiva al termine del periodo di sospensione. 5. qualora accerti che le attività risarcitorie o riparatorie abbiano avuto esecuzione, il giudice, sentite le parti, e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato enunciandone la causa nel dispositivo. 6. Quando non provvede ai sensi dei commi 1 e 5, il giudice dispone la prosecuzione del procedimento».

² «La Cassazione, sez. V, nella sentenza del 24 marzo 2005 n. 14070, ha precisato che la declaratoria di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (...), oltre a costituire forma alternativa del procedimento penale innanzi al giudice di pace, ha una funzione conciliativa finalizzata alla riprovazione, da parte dell'imputato, del suo comportamento 'criminioso».

Si veda VAIRO, *Il processo penale davanti al giudice di pace*, in *Giurisprudenza Critica*, collana diretta da Paolo Cedon, Utet giuridica, Torino, 2008, p. 228.

³ Vedi CARIATTIERI, *Il processo penale innanzi al giudice di pace*, in Commento al D.lgs. 28 agosto del 2000 n. 274, a cura di CARIATTIERI-COSTI-DATI-MARTINES-MUTTI-PETROCINI-SOVERINI, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2001, p. 235. «In particolare, esso costituisce l'approdo di una scelta che il legislatore delegante ha manifestato sin dall'indicazione dei criteri per l'individuazione dei reati da attribuire alla competenza del giudice di pace. Infatti, l'art. 15 della legge delega indicava quale criterio di individuazione quello della possibilità di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, anche attraverso le restituzioni o il risarcimento danno».

⁴ Si veda MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (d.lgs. n.274/2000)*, in *Diritto on line* (2017), *www.Treccani.it.*, p. 2.

stinzione del reato per le condotte riparatorie come definizione alternativa del procedimento trova applicazione per tutte le ipotesi di reato appartenenti alla competenza del giudice di pace (siano essi procedibili di ufficio o a querela), diversamente dall'orientamento assunto nel corso dei lavori preparatori all'elaborazione del d.lgs. 274 del 2000 che ne circoscrivevano l'applicazione ai soli reati procedibili d'ufficio⁵.

I presupposti per l'applicazione dell'istituto, in quell'ambito, sono di due ordini, l'uno riferito all'attività dell'imputato, l'altro conseguente ad una valutazione del giudice.

L'attività a carico dell'imputato consiste nella dimostrazione di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante la restituzione ed il risarcimento e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato⁶.

Le Sezioni unite della Corte di Cassazione⁷ hanno chiarito che l'operatività della speciale causa di estinzione del reato, prevista dall'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, presuppone sia la riparazione del danno cagionato mediante le restituzioni o il risarcimento sia l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, non essendovi alternative tra le due condotte previste dalla norma. Tali esigenze, ove sussistenti, devono essere entrambe soddisfatte ed essere integrali⁸.

La condotta riparatoria, peraltro, deve essere contrassegnata da un contenuto patrimoniale, non essendo altre modalità riparatorie adeguate ad integrare il requisito richiesto dalla norma⁹.

Tali condotte, in ragione della correlativa potenzia-

⁵ Vedi SPANGHER, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*, in *Trattato di procedura penale, 7 - Modelli differenziati di accertamento - Tomo I*, a cura di Giulio Garuti, Utet Giuridica, 2011, p. 202.

⁶ Si veda CARIATTIERI, *Il processo penale innanzi al giudice di pace*, cit., pp. 236-237.

«La restituzione consiste nella reintegrazione in forma specifica, richiedendo che l'autore ripristini la situazione preesistente al fatto-reato che ha cagionato il danno. Il risarcimento nella corresponsione da parte dell'imputato alla persona offesa di una somma di denaro che soddisfi la perdita economica subita dalla stessa, comprensivo del danno morale. L'ulteriore modalità di riparazione del danno è quella che si traduce nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ossia quelle strettamente inerenti alla lesione o al pericolo di lesione del bene tutelato dalla norma penale e che quindi non si concretino in un danno patrimoniale o non economicamente risarcibile».

⁷ cfr. sez. un. Cass., 23 aprile 2015, n. 33864, in *CED* rv. n. 264238.

⁸ Vedi QUATTROCOLO, *Art. 35 Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Giudice di pace e processo penale*, Commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 e alle successive modifiche, diretto da Mario Chiavario ed Enrico Marzaduri, Utet, 2002, Torino, p. 339.

⁹ cfr. Cass. sez. V, 10 novembre 2005, n. 4081, in *www.cortedicassazione.it*; v. anche SPANGHER, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*, cit., p. 203.

lità di estinguere il reato, tuttavia, vanno tenute ben distinte da altre forme di riparazione e di risarcimento previste da alcune norme di parte generale del codice penale. Ad esempio, dalla circostanza attenuante comune contemplata dall'art. 62 n. 6 c.p. che prevede una riduzione della pena qualora il reo abbia interamente riparato, prima del giudizio, il danno ovvero si sia adoperato per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato mediante il risarcimento ed abbia provveduto ove possibile alle restituzioni.

È evidente che la valenza circostanziale di quest'ultima fattispecie si pone su di un piano completamente diverso rispetto all'istituto che afferisce ad una condotta posteriore al reato e di segno inverso rispetto allo stesso suscettibile di provocare la dichiarazione di estinzione.

Così come va distinto dalla respiscenza *post* reato con efficacia estintiva l'obbligo giuridico del reo non respiscente, *ex art.* 185 c.p., di provvedere alle restituzioni ed al risarcimento derivanti da reato¹⁰. Nella legislazione che disciplina il processo davanti al giudice di pace, l'integrazione del requisito della condotta riparatoria non è, tuttavia, sufficiente, da sola, a legittimare la declaratoria di estinzione del reato. Difatti, il secondo comma dell'art. 35 del d.lgs. 274/2000 subordina la pronuncia della sentenza di proscioglimento alla valutazione del giudice in merito all'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie poste in essere dall'imputato a soddisfare le esigenze di riparazione del reato e quelle di prevenzione. Invero, ai fini dell'estinzione dell'illecito penale, la norma postula una valutazione del giudice rapportata alla tutela della collettività nonché a quella della vittima del reato¹¹, attribuendogli, pertanto, il potere di sindacare la congruità delle attività riparatorie¹².

Il requisito della "idoneità a soddisfare le esigenze di prevenzione e riprovazione del reato" conferisce alla condotta riparatoria un *quid pluris* in termini di oneri per l'imputato, dovendo lo stesso, mediante la propria condotta ristorativa, soddisfare non solo il danno derivante dal reato, bensì anche le esigenze preventive, sia generali che speciali, nonché quelle riparative.

L'esigenza preventiva è stata ravvisata nell'attività di riparazione del danno, producendo tale condotta, dal punto di vista general-preventivo, tre differenti

effetti: "uno socio-pedagogico, inteso a confermare la fedeltà all'ordinamento giuridico; uno di fiducia, che si genera nel momento in cui il cittadino constata l'affermarsi del diritto; ed uno di pacificazione, il quale si produce allorché l'agente abbia prestato quanto consenta alla coscienza giuridica di tranquillizzarsi nei confronti dell'illecito commesso e di considerare risolto il conflitto con l'agente stesso". Parimenti, sul versante special-preventivo, risalta "la necessità di riconciliazione tra la vittima e l'agente con pieno raggiungimento della finalità risocializzante". Inoltre, è richiesto che il giudice valuti positivamente le capacità di ravvedimento del reo operando quella che è stata definita, quasi in termini medici, una sorta di "prognosi di riprovazione" da parte dell'autore avverso il male compiuto, il che implica un apprezzamento della capacità di auto ravvedimento del reo¹³.

Mediante la previsione legislativa della "idoneità" si effettua una vera e propria ponderazione degli interessi: da un lato, quelli pubblici e privati sottesi alla fattispecie incriminatrice, dall'altro, quelli che concernono l'autore del reato con valorizzazione delle finalità preventive ed incremento dell'efficacia rieducativa e deterrente dell'istituto¹⁴.

Riguardo all'effettivo soddisfacimento di tali esigenze è necessaria una valutazione dell'attività riparatoria in relazione alla gravità del reato, sulla base dei parametri indicati nell'art. 133 c.p.¹⁵.

Affinché abbia rilievo processuale, l'assolvimento delle condizioni legalmente imposte deve essere connotato dalla volontarietà, non rilevando, diversamente, i motivi o gli aspetti psicologici legati alla condotta riparatoria¹⁶. Il requisito della personalità denota una causa di estinzione a carattere soggettivo, che opera in ragione di un comportamento sintomatico del sopravvenuto ravvedimento e della minore pericolosità dell'imputato¹⁷, così che la causa estintiva non possa essere estesa al correo inadempiente¹⁸.

Relativamente ai reati di pericolo, seppure parte della dottrina ha ritenuto astrattamente applicabile l'istituto anche a tale tipologia di reati, tuttavia, la Suprema Corte si è espressa in termini negativi, sostenendone l'incompatibilità¹⁹, in ragione dell'evidente

¹⁰ v. QUATTROCOLO, *Art. 35 Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., p. 337.

¹¹ cfr. Cass., sez. IV, 29 maggio 2008, n. 27439, in *www.cortedicassazione.it*. In particolare, la Suprema Corte di Cassazione insegna che: «Nel procedimento dinanzi al giudice di pace la speciale causa di estinzione conseguente condotte riparatorie non opera sul solo presupposto del risarcimento del danno, dovendo invece il giudice verificare in concreto anche l'eventuale permanenza delle conseguenze pericolose o dannose del reato e, comunque, valutare l'idoneità delle condotte riparatorie a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

¹² Si veda SPANGHER, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*, cit., p. 201.

¹³ Vedi QUATTROCOLO, *Art. 35 Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., p. 340.

¹⁴ Si veda MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (d.lgs. n.274/2000)*, cit., p. 3.

¹⁵ Vedi CARIATTIERI, *Il processo penale innanzi al giudice di pace*, cit., p. 238.

¹⁶ Si veda SPANGHER, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*, cit., p. 204.

¹⁷ v. MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (d.lgs. n.274/2000)*, cit., p. 3.

¹⁸ Pertanto, se uno solo dei correi ha provveduto in modo integrale alla riparazione, l'altro concorrente, per fruire della causa estintiva, deve contribuire al risarcimento, rimborsando il complice più diligente. Cfr. Cass., sez. I, 27 ottobre 2003, n. 4177, in *www.cortedicassazione.it*.

¹⁹ *ex plurimis* v. Cass., sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 39563, in

impossibilità di riparare qualsivoglia messa in pericolo.

L'operatività della causa estintiva, che al sussistere dei requisiti legali richiesti consente di oltrepassare l'eventuale persistenza degli intenti punitivi in capo alla persona offesa²⁰, è subordinata ad un limite temporale perentorio, ossia l'antiorità all'udienza di comparizione²¹, escludendo eventuali ravvedimenti "tardivi" nonché l'applicabilità dell'istituto nel giudizio di appello²².

L'individuazione del termine perentorio rende tale causa estintiva espressione di una scelta dell'imputato, strettamente collegata al suo diritto di difesa, rappresentando, pertanto, una delle opzioni premiali alla quale ricorrere per uscire rapidamente dal circuito penale.

Nel caso in cui sia stato oggettivamente impossibile da parte dell'imputato provvedere all'attività riparatoria prima dell'udienza di comparizione, il legislatore ha previsto la possibilità di una rimessione in termini, il cui presupposto fondamentale è che l'imputato all'udienza di comparizione dimostri di non aver potuto adempiere in precedenza in virtù di cause oggettive e laddove si possa escludere ogni inerzia o negligenza.

Se risulta adeguatamente dimostrata l'impossibilità oggettiva della puntuale riparazione del danno, la norma stabilisce la sospensione del processo per un tempo non superiore a tre mesi, potendo il giudice, in tal caso, impartire anche prescrizioni finalizzate all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato²³.

L'art. 35 prevede l'attribuzione, da parte del giudice, in capo a soggetti professionalmente competenti (quali ufficiali di polizia giudiziaria oppure operatori di servizio sociale dell'ente locale) dell'incarico di verificare l'effettivo svolgimento delle attività risarcitorie e riparatorie. All'attività di verifica svolta dai soggetti indicati dalla norma segue l'apprezzamento, in una nuova udienza di comparizione, da parte del giudice di pace, della rispondenza tra il comportamento tenuto dall'imputato ed i requisiti che sottendono all'estinzione del reato per condotta riparatoria. Nell'eventualità in cui il giudice ritenga sussistente il soddisfacimento dei presupposti seguirà una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato, in caso contrario disporrà la prosecuzione del processo, a norma del comma VI dell'articolo in esame²⁴. Durante il tempo in cui il giu-

dice può disporre la sospensione del processo, tuttavia, la norma non contempla alcun meccanismo di sospensione del decorso della prescrizione. L'operatività della causa estintiva, poi, non è subordinata al consenso della persona offesa richiedendo, la valutazione del requisito dell'idoneità previsto dall'articolo in esame, solamente la previa audizione della stessa²⁵. Pertanto, laddove vengano riconosciuti sussistenti tutti i requisiti richiesti dalla norma, la declaratoria di estinzione del reato opera anche in caso di dissenso dell'offeso²⁶.

Invero, la locuzione "sentite le parti e la persona offesa" è volta ad attuare il contraddittorio delle parti processuali in merito all'operatività della causa estintiva, senza statuire alcun vincolo in capo al giudice di attenersi alle correlative prospettazioni. Atteso ciò, l'unica conseguenza pratica nel caso di contrastanti posizioni da parte dei soggetti processuali sarà l'obbligo in capo al giudice di redigere una motivazione senz'altro più dettagliata e puntuale in merito alla propria decisione²⁷.

In definitiva, la norma è apparsa ai commentatori dimostrazione della ritrazione della pretesa punitiva dello Stato dinanzi alla dimensione privata del fatto di reato e del rapporto umano, secondo una impostazione di politica criminale finalizzata alla "pacificazione sociale ed al ristabilimento dell'equilibrio quotidiano turbato dalla commissione dei reati"²⁸.

2. La causa estintiva del reato introdotta dall'art. 162-ter c.p.

L'approvazione definitiva della proposta di legge recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", ha condotto alla promulgazione della legge 23 giugno 2017, n. 103, nota come c.d. Riforma Orlando, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 4 luglio 2017, n. 154 (e vigente dal 3 Agosto 2017).

La riforma, ai primi quattro commi, ha previsto l'introduzione nel nostro sistema penale, mediante la creazione dell'art. 162-ter c.p., di una nuova causa estintiva generale del reato conseguente a condotte riparatorie, applicabile a tutti i reati procedibili a querela soggetta a remissione.

Obiettivo fondamentale della riforma, come reso noto dalla relazione di accompagnamento, è quello di recuperare la durata ragionevole del processo, nel rispetto del "giusto processo" e senza dispersione di alcuna garanzia. Tale finalità deflattiva è ravvisabile anche nella nuova causa estintiva in esame, la quale è

www.cortedicassazione.it.

²⁰ SPANGHER, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*, cit., p. 205.

²¹ cfr. Cass. V, 10 luglio 2014, n. 5023, in www.cortedicassazione.it; v. anche SPANGHER, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*, cit., p. 207.

²² cfr. Cass. sez. V, 14 settembre 2007, n. 34852, in www.cortedicassazione.it.

²³ Vedi CARIATTIERI, *Il processo penale innanzi al giudice di pace*, cit., p. 240.

²⁴ Si veda QUATTROCOLO, *Art. 35 Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., pp. 348-349.

²⁵ *ex plurimis* v. Cass. sez. V, 24 luglio 2008, n. 31070, in www.cortedicassazione.it.

²⁶ Vedi MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (d.lgs. n.274/2000)*, cit., p. 4.

²⁷ Si veda CARIATTIERI, *Il processo penale innanzi al giudice di pace*, cit., p. 239.

²⁸ v. QUATTROCOLO, *Art. 35 Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., pp. 358-359.

volta ad attuare il “diritto penale minimo” alla stregua del principio di “*extrema ratio*” del ricorso alla sanzione penale²⁹.

In particolare, si è detto, tale istituto, noto già da tempo nel processo davanti al giudice di pace con funzione deflattiva, si risolve secondo alcuni in una nuova “scelta” processuale dell'imputato, che, nell'esercitare il suo diritto di difesa, può optare per tale diversa soluzione della vicenda penale³⁰.

Mediante la previsione della nuova causa estintiva, si persegue la scelta legislativa di realizzare una differenziazione tra reati gravi, per i quali si rende necessario il ricorso alla sanzione penale e reati di minore gravità, per i quali è, invece, auspicabile una rapida conclusione dell'*iter* processuale, mediante strumenti che consentono una rapida fuoriuscita dal circuito penale, attraverso attività riparatorie³¹.

È sembrata evidente l'astratta portata rieducativa dell'istituto, in quanto il reo, mediante tale scelta, ottiene il beneficio dell'estinzione in ragione di un suo comportamento *post factum*, sintomatico del suo sopravvenuto ravvedimento e, quindi, della sua ridotta pericolosità sociale³².

Analizzandone nel dettaglio l'ambito di applicazione, si riscontra una scelta del legislatore di non voler prevedere una causa di estinzione speciale, bensì un istituto generale, idoneo ad essere esteso ad un numero indeterminato di reati e, nello specifico, a tutti quelli procedibili a querela soggetta a remissione, volto, pertanto, ad introdurre all'interno del nostro ordinamento valide alternative al processo penale³³.

L'art. 162-ter c.p., seppur tragga indubbiamente ispirazione dall'istituto disegnato dall'art. 35 del d.lgs. 274/2000, tuttavia, presenta rilevanti differenze rispetto allo stesso. D'altro canto la modalità di formulazione non sembra essere avulsa da criticità interpretative ed applicative, tutt'altro che irrilevanti.

La nuova disposizione, introdotta dall'art. 1 della c.d. Riforma Orlando, collocata nel Capo I (Della estinzione del reato) del Titolo V del Codice penale, è la seguente:

«Art. 162-ter – (Estinzione del reato per condotte riparatorie) – 1. Nei casi di procedibilità a querela sog-

getta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche a seguito di offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

2. Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.

3. Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie». Come anticipato, la causa estintiva di recente introduzione, a differenza dell'art. 35 del d.lgs. 274/2000, trova applicazione esclusivamente con riferimento ai reati procedibili a querela soggetta a remissione.

Al riguardo è stato mosso il rilievo critico³⁴ che tale scelta legislativa depotenzia la novità, in quanto a tale risultato si giunge anche in caso di remissione della querela, limitandosi, pertanto, quello dell'estinzione per riparazione, ad uno strumento residuale con il quale il giudice, in casi limitati, possa superare l'eventuale persistenza della volontà punitiva del querelante, in presenza di condotte idonee a reintegrare l'offesa, in termini di risarcimento e di eliminazione delle conseguenze del reato. Invero, il beneficio in esame rischia di residuare nelle sole ipotesi in cui la vittima, adeguatamente risarcita dei danni subiti, desista dal rimettere la querela e persista nella sua volontà punitiva³⁵.

L'originaria proposta normativa, diversamente, prevedeva, attraverso l'introduzione dell'art. 649-bis c.p., l'estensione del beneficio in esame anche ad alcuni reati contro il patrimonio procedibili d'ufficio, quali quelli rubricati dagli artt. 624 c.p., nei casi aggravati

²⁹ Vedi MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, in *La riforma Orlando*, a cura di Giorgio Spangher, Nuove leggi nuovo diritto, collana diretta da Guido Alpa e Giorgio Spangher, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, p. 47.

³⁰ v. MURRO, “Nuove” ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, in *Dal Parlamento/Al Parlamento*, rivista on-line, p. 255.

³¹ Si veda SELLAROLI, *La riforma “Orlando”: le modifiche al codice penale*, art. pubblicato il 20 giugno 2017, in *www.magistraturaindependente.it*.

³² Si veda MURRO, *Riforma Orlando in GU: il nuovo istituto della riparazione che estingue i reati a querela*, in *www.studiolegale.legalitalia.it*, art. pubblicato il 5 luglio 2017, p. 1.

³³ v. MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (d.lgs. n.274/2000)*, cit., p. 13.

³⁴ Si veda MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Questione Giustizia 2017*, Rivista Trimestrale on-line, p. 4.

³⁵ Vedi MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 50.

dal primo comma dell'art. 625 c.p. ai numeri 2, 4, 6, 8-*bis*; nonché ai delitti di cui agli artt. 636 e 638 c.p.

Altra proposta più risalente, del 23 aprile 2013, mai giunta ad approvazione, prevedeva di estendere la causa di estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie a tutti i delitti contro il patrimonio procedibili d'ufficio, fatta eccezione per le ipotesi più gravi disciplinate dagli artt. 628, 629, 630, 644, 648-*bis*, 648-*ter* c.p., nonché nei casi di delitti contro il patrimonio commessi con violenza contro le persone³⁶. Quanto alla natura della citata causa estintiva, essa, analogamente a quella delineata dall'art. 35 del d.lgs. 274/2000, è a carattere "soggettivo", operando solamente nei confronti dell'imputato che pone in essere una condotta *post factum*, espressiva di un sopravvenuto ravvedimento e di una ridotta pericolosità sociale, non potendosi, dunque, estendere al correo inadempiente³⁷.

In merito alla condotta riparatoria occorre rilevare che, rispetto alla versione originaria, l'introduzione dell'inciso "ove possibile" rappresenta una importante correzione, in quanto consente di prendere in considerazione le sole conseguenze eliminabili, pertanto di potersi avvalere della causa estintiva anche riguardo ai reati per i quali le conseguenze non sono del tutto eliminabili³⁸.

In base ad una interpretazione letterale della norma, che al primo comma testualmente dispone "il giudice dichiara", si ritiene che la dichiarazione di estinzione del reato consegua automaticamente, senza margini di discrezionalità da parte del giudicante, all'accertamento dell'avvenuta riparazione del danno cagionato dal reato. Invero, la previsione dell'audizione delle parti e della persona offesa non sembrerebbe tale da attribuire al giudice un margine di discrezionalità nel disporre l'effetto estintivo, dovendo lo stesso solamente accertare l'esistenza degli elementi costitutivi della causa estintiva. A sostegno di tale interpretazione milita, in primo luogo, il confronto con il successivo secondo comma, nonché con altre cause estintive ove il legislatore ha, diversamente, utilizzato la locuzione "il giudice può"³⁹.

In secondo luogo, l'evenienza che la norma, a differenza dell'art. 35 del d.lgs. 274/2000, non subordina l'efficacia estintiva alla valutazione del giudice circa l'idoneità della condotta a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione del reato, prevedendo solamente che il giudice, prima di dichiarare estinto il reato, senta le parti e la persona offesa, presumibil-

mente al solo fine di garantire il necessario contraddittorio nell'accertamento dei presupposti riparatori dell'estinzione⁴⁰.

Ebbene, l'audizione della persona offesa, analogamente a quanto accade nella giurisdizione del giudice di pace, non è finalizzata a verificare l'esistenza di un consenso, non essendo l'intento del legislatore improntato a conferire alla persona offesa un potere di veto in capo alla stessa.

In definitiva il giudice ha il potere di dichiarare l'estinzione del reato, previa verifica della sussistenza della condotta riparatoria, anche al persistere della volontà punitiva dell'offeso⁴¹.

In conseguenza di tanto, deriva che l'eventuale dissenso della persona offesa non ha efficacia preclusiva alla declaratoria di estinzione del reato, così da tutelare l'imputato da ingiustificate istanze punitive del querelante laddove siano state efficacemente poste in essere condotte riparatorie⁴².

Difatti, tale audizione, nell'economia dell'istituto, dovrebbe permettere al giudice di acquisire gli elementi necessari al fine di valutare sia la proporzionalità tra la condotta riparatoria, il grado di colpa e il danno cagionato; sia se persistono le conseguenze dannose o pericolose del reato; ed inoltre, potrà essere utilizzato anche per valutare se la condotta riparatoria posta in essere dall'imputato sia stata frutto di una scelta autonoma⁴³.

Tuttavia, la norma, nel prevedere l'audizione delle parti e della persona offesa, non specifica la modalità di ascolto ed in particolare se lo stesso possa avvenire in maniera del tutto informale, anche tramite il difensore di fiducia o se, diversamente, l'imputato e la persona offesa debbano essere necessariamente ascoltati personalmente⁴⁴ ed, in questo caso, se le relative dichiarazioni devono essere verbalizzate e, ancora, se le parti possono formulare delle domande⁴⁵.

È evidente che la mancata previsione di siffatti aspetti di dettaglio non impedisce al giudicante di rivestire di contenuto la facoltà di esprimere la propria discrezionalità nella dichiarazione di estinzione del reato, sia pure in presenza del dissenso esplicitato dalla persona offesa, laddove egli ritenga perfezionata la fi-

³⁶ V. MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 256.

³⁷ Si veda MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 48.

³⁸ V. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 49.

³⁹ Vedi ZIRULIA, *Riforma Orlando: la nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *www.Dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017, p. 4.

⁴⁰ Si veda MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, cit., p. 5.

⁴¹ Vedi MURRO, *Riforma Orlando in G.U.: il nuovo istituto della riparazione che estingue i reati a querela*, cit., p. 1.

⁴² V. MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato - Proposte di legge in tema di condotte riparatorie*, cit., p. 14.

⁴³ CASCINI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Archivio Penale* 2017, n. 2, *www.archiviopenale.it*, p. 3.

⁴⁴ Si veda MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 259.

⁴⁵ V. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 52.

nalità estintiva riconducibile alla condotta riparatoria dimostrativa di una concreta resipiscenza del reo e di una fattiva attivazione dello stesso allo scopo di cancellare od elidere fortemente le conseguenze del suo agire.

Analogamente a quanto stabilito nella disciplina relativa al procedimento davanti al giudice di pace, la causa estintiva di nuova introduzione prevede un termine perentorio entro il quale poter realizzare le condotte riparatorie, nello sbarramento della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Il risarcimento del danno può essere ammesso anche in seguito ad offerta reale ai sensi dell'art. 1208 e segg. c.c., formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

Ancora una volta, dunque, la disciplina normativa favorisce la declaratoria di estinzione anche laddove la persona offesa si rifiuti, ingiustificatamente, di ricevere l'offerta dell'imputato costretto a ricorrere allo strumento dell'offerta reale. Naturalmente anche in questo caso il giudicante ha la discrezionalità di stabilire la sussistenza dei concreti presupposti per ritenere la riparazione sufficiente ad estinguere il reato.

Tuttavia, qualora l'imputato dimostri di non aver potuto adempiere per fatto a lui non addebitabile, egli può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine (più ampio di quello previsto dalla normativa del giudice di pace), non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento. In tal caso il giudice, ove accolga la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito, che in base a quanto statuito dalla norma in esame, non può superare i novanta giorni, imponendo specifiche prescrizioni. Tale previsione, analogamente a quanto già rilevato in ordine alla disciplina prevista nella giurisdizione del giudice di pace, non esplicita quale possa essere il contenuto delle prescrizioni imposte dal giudice, rimanendo, pertanto, generica ed indeterminata, distante dal principio di tassatività (art. 25 Cost.) e contrastante con la spontaneità del comportamento *post factum* dell'imputato che connota la nuova causa estintiva⁴⁶.

La fattispecie disciplinata dal secondo comma, pertanto, sembra attribuire al giudice un margine di discrezionalità nel dichiarare o meno l'estinzione del reato a seconda del margine e del contenuto che lo stesso intenda attribuire alle "prescrizioni".

A differenza rispetto alla categoria già disciplinata, poi, nella fattispecie introdotta dalla "riforma Orlando" il legislatore ha espressamente statuito la sospensione del decorso della prescrizione durante il tempo in cui il processo resta sospeso, ciò evidentemente al fine di evitare che l'imputato attivi tale meccanismo al

solo scopo di lucrare sei mesi sul termine di maturazione della prescrizione del reato⁴⁷.

È stato, poi, a differenza di quanto invariosamente con l'introduzione dell'istituto della messa alla prova per gli adulti, ai commi 2, 3, 4 dell'art. 1 della proposta legge delineata una disciplina transitoria riguardo ai processi in corso. In particolare, al comma 2 dell'articolo 1 è previsto un meccanismo che consente all'imputato di poter chiedere, alla prima udienza successiva all'entrata in vigore del nuovo art. 162-ter c.p., un termine, non superiore a sessanta giorni, per poter provvedere al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento, alle restituzioni ed alla eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato. Nella stessa udienza l'imputato, qualora dimostri di non poter adempiere per fatto a lui non addebitabile, nel predetto termine di sessanta giorni, può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento di quanto dovuto, anche in forma rateale.

In sostanza, per quanto concerne i processi in corso alla data di entrata in vigore se ne prevede la immediata applicazione, dovendo il giudice solamente accertare se siano state già compiute le condotte riparatorie e quale sia il momento in cui esse siano state realizzate. Tale possibilità, tuttavia, trova applicazione solamente per i giudizi di merito e non anche per quello di legittimità, non avendo la Corte di Cassazione poteri e cognizioni di merito per valutare l'adeguatezza delle condotte riparatorie⁴⁸.

La condotta riparatoria, che deve essere sorretta da volontarietà, se correttamente adempiuta, incide *latu sensu* sulla punibilità dell'imputato, sull'iter processuale e sul *decisum*, determinando una deflazione dell'intera fase dibattimentale, con conseguente provvedimento estintivo del giudice, il quale non è chiamato a pronunciarsi sul merito, ma solo sull'idoneità della riparazione e sulla sussistenza dei requisiti per l'applicabilità della causa estintiva in esame⁴⁹.

Trattandosi di una causa estintiva, essa travolge le pene principali, le pene accessorie, gli effetti penali della condanna e le misure di sicurezza, fatta eccezione per la confisca obbligatoria di cui all'art. 240 secondo comma c.p., in base a quanto espressamente statuito dal secondo comma dell'art. 162-ter c.p.⁵⁰.

In aggiunta, l'assenza di qualsivoglia limite alla pos-

⁴⁷ Si veda MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, cit., p. 6.

⁴⁸ V. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, cit., p. 7.

⁴⁹ Vedi MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., pp. 49-50.

⁵⁰ Si veda ZIRULIA, *Riforma Orlando: la nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, cit., p. 4.

⁴⁶ Vedi MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 258.

sibilità di estinguere, a mezzo di condotta riparatoria, i reati indicati dall'art. 162-ter c.p. sembrerebbe consentire all'imputato un utilizzo illimitato dell'istituto, non incontrando né il limite previsto per la messa alla prova (una sola volta), né quello previsto per l'ipotesi di non punibilità per particolare tenuità del fatto (ossia l'occasionalità del comportamento)⁵¹.

Il carattere soggettivo e personale della causa estintiva, analogamente a quanto già invero in sede di interpretazione dell'art. 35 del d.lgs. 274/2000, suscita perplessità in ordine alla operatività della causa estintiva allorché la riparazione sia adempiuta dalla compagnia assicuratrice. Riguardo alla disciplina già vigente per il giudice di pace, la giurisprudenza di legittimità⁵² è stata concorde nel ritenere che in virtù del carattere di obbligatorietà dell'intervento gravante, in alcuni casi, in capo alla stessa in virtù del contratto assicurativo, sarebbe insensato pretendere un adempimento personale dell'imputato pur in presenza di un adempimento integrale dell'assicurazione. Ad analoghe considerazioni sembrerebbe potersi pervenire anche in ordine alla causa estintiva di nuovo conio, dovendosi privilegiare l'aspetto satisfattivo per l'offeso rispetto alla connotazione soggettivistica dell'imputato⁵³. Così, però, da revocare in dubbio che l'istituto possa introdurre un incentivo alla resipiscenza del reo ed alla funzione rieducativa della pena.

3. Aspetti problematici, carenza di una disciplina processuale e spunti di riflessione

La novella in esame presenta numerosi "vuoti" di disciplina, dimostrandosi, per certi versi, foriera di perplessità e dubbi interpretativi. In dottrina, non si è mancato di evidenziare, ancor prima del vaglio derivante dalla concreta applicazione dell'istituto, le lacune normative⁵⁴ concernenti un ambito di applicazione troppo scarno⁵⁵, l'assenza di una disciplina processuale e la mancanza di coordinamento con le ipotesi prevenienti, in particolare con gli altri istituti premiali. Difficoltà, quelle evidenziate, che renderebbero certamente auspicabile l'introduzione di una normativa di coordinamento, non solo sostanziale bensì anche procedurale.

⁵¹ v. MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 261.

⁵² ex plurimis cfr. Cass, sez. IV, 11 novembre 2011, n. 112, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁵³ Vedi MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., pp. 48-49.

⁵⁴ v. MURRO, op. loc. ultt. citt.

⁵⁵ Si veda MARUOTTI, op. loc. ultt. citt. Considerato il "ristretto" ambito applicativo della norma, si dubita circa l'effettiva efficacia deflativa della stessa, in quanto «il dato esperienziale dimostra che quando l'autore del reato ha interamente riparato il danno da lui cagionato, mediante la restituzione del maltorto o la corresponsione di un risarcimento, la persona offesa solitamente rimette la querela ed il procedimento si estingue per improcedibilità dell'azione penale».

In *primis*, il nuovo istituto serba un inspiegabile silenzio in ordine ai criteri valutativi che consentano al giudice di verificare l'idoneità della condotta riparatoria ai fini della declaratoria di estinzione. L'art. 162-ter c.p., infatti, ricollega la dichiarazione di estinzione ad una sommaria valutazione positiva delle condotte riparatorie, senza prevedere parametri più specifici. Al contrario, si è detto, l'art. 35 del d.lgs. 274/2000 postula, quale presupposto per la declaratoria di estinzione, una valutazione in merito alla idoneità della condotta al soddisfacimento delle esigenze di prevenzione e di riprovazione dal reato, consentendo in tal modo di bilanciare la riparazione al grado della colpa, alla concreta portata del fatto, nonché alle esigenze preventive e rieducative, precludendo, così, qualsivoglia automaticità tra la riparazione ed il beneficio dell'estinzione⁵⁶.

Una simile previsione nell'ipotesi in esame è del tutto carente, destando serie perplessità in ordine ai criteri che il giudice deve considerare per valutare l'adeguatezza della condotta riparatoria serbata dall'imputato, mancando, peraltro, anche qualsivoglia richiamo ai parametri imposti dall'art. 133 c.p.⁵⁷. Atteso ciò, il solo dato letterale non aiuta a comprendere se il giudice sia chiamato a valutare la riparazione in base al grado dell'elemento psicologico o se, invece, egli abbia un più ampio margine di discrezionalità disancorata, però, a parametri normativi⁵⁸.

D'altro canto, il requisito della "integrale riparazione del danno", che differenzia la norma in esame rispetto all'ipotesi disciplinata dall'art. 35 del d.lgs. 274/2000, suscita un ulteriore interrogativo, ossia se l'integralità della riparazione vada rapportata al danno criminale ed al grado dell'elemento psicologico oppure, diversamente, al danno civile. Le Sezioni unite della Corte di Cassazione⁵⁹, pronunciandosi in ordine alla ipotesi prevista nella legislazione del Giudice di pace, hanno valorizzato la rilevanza del c.d. danno criminale, escludendo tra i presupposti della declaratoria di estinzione quello di una riparazione integrale del danno civile. Le varie pronunce della Cassazione, peraltro, non hanno pregiudicato le pretese risarcitorie della persona offesa, dal momento che la mancata statuizione sul "danno civile", comporta che tale provvedimento non rivesta efficacia di giudicato nel giudizio

⁵⁶ v. MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 257.

⁵⁷ Nonostante l'evidente lacuna, una interpretazione garantista della norma ed ispirata alle finalità dell'istituto (deflazione, rieducazione) ritiene corretto ed opportuno che anche riguardo alla norma in esame, analogamente a quanto espressamente statuito per l'art. 35 del d.lgs. 274/2000, la riparazione, oltre ad essere ispirata al c.d. danno criminale, debba essere anche proporzionata rispetto alle esigenze di prevenzione e riprovazione del reato. Si veda MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 52.

⁵⁸ v. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 53.

⁵⁹ cfr. la citata sentenza del 23 aprile 2015, n. 33864, cit.

civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno⁶⁰. Tale soluzione, a ben vedere, rappresenta l'interpretazione più consona anche per l'istituto di nuovo conio, in quanto, ragionando diversamente, insorgerebbe in capo al giudice penale l'onere di quantificare il danno (pur sempre ancorandolo ai parametri civilistici del danno emergente, lucro cessante). Inoltre, mancando, nella disciplina disegnata dalla c.d. riforma Orlando, un'espressa preclusione in capo alla vittima, integralmente risarcita in sede penale, ad agire in un eventuale giudizio civile per il ristoro dei danni non coperti dalla "condotta riparatoria", gli ulteriori diritti risarcitori della persona offesa, inerenti alle pretese civilistiche, non sarebbero lesi, non essendo preclusa alla stessa la possibilità di agire in sede civile⁶¹. In aggiunta, se si ritenesse la condotta riparatoria necessariamente comprensiva di tutti i danni sarebbe evidente il rischio di aver creato un istituto che avvantaggi il solo imputato benestante il che desterebbe sospetti di legittimità costituzionale⁶².

Altro dubbio, serio e concreto, di costituzionalità deriva dal fatto che la nuova disciplina nulla dispone in ordine all'ipotesi in cui sia stato emesso un decreto penale di condanna, quanto, in particolare, alla necessità che la richiesta di ricorrere all'istituto delle condotte riparatorie sia contestuale all'atto di opposizione.

Tanto, a maggior ragione, parametrando il nuovo istituto rispetto alla disciplina processuale dell'oblazione nel quale ambito è prevista espressamente la necessità che essa sia richiesta contestualmente all'atto di opposizione⁶³ al decreto penale di condanna.

Ancora, il vuoto della disciplina processuale di raccordo fra l'istituto della richiesta di riparazione ed opposizione al decreto penale di condanna rileva, a maggior ragione, ove si faccia riferimento all'intervento recente della Corte costituzionale⁶⁴ a correzione dell'omessa previsione nell'articolo 460 c.p.p. del necessario avviso, nel decreto penale di condanna, all'imputato che lo stesso ha facoltà di richiedere di essere ammesso all'istituto della messa alla prova necessariamente in sede di opposizione. In questo ambito, peraltro, si è registrato un contrasto di giudicati in seno alla stessa sezione della Corte di cassazione (la Sezione prima) la quale ha indicato, in termini più recenti, la competenza del Gip – piuttosto che quella del giudice del dibattimento

– nel pronunciarsi sulla suddetta richiesta (di messa alla prova articolata in sede di opposizione a decreto penale di condanna)⁶⁵. Ne consegue che, parallelamente a quanto è accaduto in tema di sospensione del processo per messa alla prova, un aspetto altamente problematico della riforma è quello della omessa previsione del necessario avviso all'imputato, in sede di decreto penale di condanna, che egli abbia la facoltà di richiedere, in sede di opposizione, l'ammissione alle condotte riparatorie.

Parallelamente, ancora è prevedibile che si porrà il problema di individuazione del giudice competente a decidere sulla suddetta richiesta, se il Gip od il giudice del dibattimento.

Nell'ipotesi, poi, di fallimento della condotta riparatoria non si comprende se l'imputato possa optare o meno per i riti premiali (patteggiamento, giudizio abbreviato, messa alla prova ecc.), stante la coincidenza tra il termine finale per adempiere alla riparazione e quello entro il quale possono essere richiesti gli altri riti premiali⁶⁶.

Ancora, la nuova disciplina nulla dispone in merito alla eventuale utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'offeso, qualora la condotta riparatoria non sia stata reputata integrale o comunque sufficiente ai fini della dichiarazione di estinzione⁶⁷ né tantomeno contempla qualsivoglia previsione in merito all'incompatibilità del giudice, nel successivo giudizio, qualora la condotta riparatoria abbia avuto esito negativo, considerato che l'adempimento della riparazione, l'audizione delle parti e della persona offesa, la valutazione della condotta e dell'integralità del risarcimento, potrebbero aver minato l'imparzialità del giudicante⁶⁸.

Ancora, stante il silenzio normativo, ci si domanda se, avendo la persona offesa un diritto e non un dovere di interloquire, la mancata audizione della stessa presente in udienza, alla stregua di quanto previsto espressamente per l'istituto della messa alla prova per adulti, possa costituire un motivo di impugnazione⁶⁹.

⁶⁰ Vedi MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 51.

⁶¹ v. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., pp. 51-52.

⁶² Si veda MURRO, *Riforma Orlando in GU: il nuovo istituto della riparazione che estingue i reati a querela*, cit., p. 2; cfr. anche MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 258.

⁶³ v. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 52.

⁶⁴ Corte Costituzionale, Sentenza n. 201 del 2016, camera di consiglio 6 luglio 2016, deposito 21 luglio 2016

⁶⁵ Dapprima la Sezione I della Suprema Corte, con sentenza 3 febbraio 2016 (dep. 22 giugno 2016), n. 25867, ha attribuito la competenza a decidere sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, presentata in sede di opposizione a decreto penale, al giudice del dibattimento. Di recente, la stessa Sezione I, con sentenza 2 febbraio 2017 (dep. 4 maggio 2017), n. 21324, ponendosi in consapevole contrasto con la precedente decisione, ha invece sostenuto che la relativa competenza spetterebbe al giudice per le indagini preliminari.

⁶⁶ Si veda MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 260. In particolare non è dato comprendere se l'intento del legislatore sia quello di prevedere alternative, ovvero incompatibilità, tra riti strettamente connessi a scelte dell'imputato; v. anche MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 53.

⁶⁷ Si veda MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 259.

⁶⁸ Vedi MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., pp. 52-53.

⁶⁹ v. MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte

Riguardo, poi, ai rapporti tra il nuovo art. 162-ter c.p. e gli altri istituti che assegnano rilievo alle altre condotte risarcitorie o riparatorie favorevoli al reo, la riflessione più significativa è nel senso che laddove non sia attivabile l'istituto delle condotte riparatorie (ad esempio per tutti i reati procedibili d'ufficio o di natura contravvenzionale, quali, ad esempio, le molestie ex art. 660 c.p.) comunque potrà trovare applicazione la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 della riparazione integrale del danno prima del giudizio⁷⁰.

Per quel che concerne, invece, il rapporto fra il nuovo istituto e tutte le altre ipotesi premiali con effetto estintivo delineate nel nostro ordinamento, il concorso fra le stesse, si deve ritenere regolato dalla disciplina generale dettata dall'art. 183 c.p.⁷¹.

In ogni caso, un intervento normativo sarebbe in quest'ambito auspicabile, in quanto la mancanza di un coordinamento fra i molteplici istituti premiali rischia di concretizzare il pericolo di impunità per l'imputato, anche in considerazione del fatto che non esistono limiti all'utilizzo del beneficio in questione⁷².

Ci si interroga, ancora, in ordine all'applicabilità della nuova disciplina nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace, stante la somiglianza ma la non corrispondenza tra le due fattispecie (si pensi alla differente durata del termine perentorio e dei termini di proroga, all'integralità del danno prevista dal solo art. 162-ter c.p. e, viceversa, alla previsione dei parametri valutativi solo nell'art. 35 d.lgs. 274/2000)⁷³.

Alcuni autori sostengono, poi, che la mancata legittimazione del giudice a prendere visione degli atti contenuti nel fascicolo del Pubblico Ministero impedisca allo stesso di bilanciare efficacemente la condotta riparatoria rispetto al fatto contestato e di verificare se sia stato rispettato il requisito della integralità della riparazione⁷⁴. Pertanto, la valutazione in ordine alla positività della condotta e, soprattutto, sull'integralità del risarcimento, si basa sugli atti presenti nel fascicolo del dibattimento⁷⁵.

In aggiunta, allorché il giudice ritenga non congrua la riparazione, non si comprende quale sia la forma del provvedimento (ordinanza o decreto) da emanare⁷⁶.

riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 260; cfr. anche MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 52.

⁷⁰ Vedi ZIRULIA, *Riforma Orlando: la nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, cit., p. 4.

⁷¹ v. ZIRULIA, op. loc. ult. cit.

⁷² Si veda MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 54.

⁷³ v. MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 261.

⁷⁴ Vedi MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie nel d.d.l. Orlando, cit., p. 260.

⁷⁵ v. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 53.

⁷⁶ Si veda MURRO, *Riforma Orlando in GU: il nuovo istituto della riparazione che estingue i reati a querela*, cit., p.2; v. anche MURRO, "Nuove" ipotesi di estinzione del reato: le condotte riparatorie

Altro aspetto problematico attiene alla previsione dell'estinzione del reato senza un esplicito richiamo all'art. 129 c.p.p.

Il silenzio normativo apre la questione sulla necessità di una valutazione sull'insussistenza di una evidente diversa ragione di proscioglimento⁷⁷.

Criticità e dubbi attengono anche al versante dei risvolti procedurali quanto, in particolare, all'assenza di una disciplina in tema di acquisizione di prove durante il periodo di sospensione. Invero, l'art. 162-ter c.p. non disciplina alcuna ipotesi di acquisizione delle prove non rinviabili. La stessa lacuna era stata riscontrata nei lavori preparatori inerenti l'introduzione dell'istituto della messa alla prova per adulti. In quell'ambito siffatta lacuna è stata, poi, colmata con la legge n. 67/2014 mediante l'introduzione dell'art. 464-sexies c.p.p. il quale stabilisce che: «durante la sospensione del procedimento con messa alla prova il giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento, acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato»⁷⁸.

La disciplina introdotta dalla c.d. riforma "Orlando", poi, non prevede la possibilità che il Pubblico Ministero richieda l'archiviazione nel caso in cui il reato sia stato "riparato", stante l'assenza di qualsivoglia modifica dell'art. 411 c.p.p.⁷⁹.

Nonostante le criticità evidenziate, i primi commentatori hanno, tuttavia, valutato la riforma in termini positivi, quantomeno nelle intenzioni legislative di tratteggiare una sorta di diritto penale-processuale "minimo" nel quale, per i reati meno gravi circoscritti nell'ambito dei soli reati procedibili a querela di parte, la "pena" configuri effettivamente l'*extrema ratio*, con un auspicabile effetto deflattivo e garantendo anche un'immediata soddisfazione per la vittima del reato⁸⁰.

Tuttavia, si è osservato⁸¹ che: "considerato che nella prassi per i reati perseguibili d'ufficio si è costretti ad

nel d.d.l. Orlando, cit. p. 260.

⁷⁷ Si veda MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato - Proposte di legge in tema di condotte riparatorie*, cit., p. 16.

⁷⁸ v. MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato - Proposte di legge in tema di condotte riparatorie*, cit. p. 14; cfr. anche MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 53.

⁷⁹ Vedi MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., pp. 53-54.

⁸⁰ v. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 55.

⁸¹ CASCINI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, cit., p. 6. «Diversi, infatti, sono i casi in cui, nei procedimenti relativi a reati procedibili d'ufficio in cui il bene tutelato è sostanzialmente quello individuale, la condotta riparatoria dell'intero danno è idonea solo ad evitare l'ingresso nel processo della persona offesa o a farla uscire da esso, in quanto ottenuta la riparazione chiesta non ha più interesse alla ulteriore punizione dell'imputato. Interesse che, venuta meno la parte civile, faticosamente trova riscontro nella prosecuzione del processo».

attivare la ‘macchina della giustizia’ quasi inutilmente, proseguendo l’attività processuale anche quando l’interesse privato sia venuto meno, sarebbe stato senz’altro preferibile estendere la causa estintiva ad una cerchia di reati sanzionati entro un determinato limite editale di pena, a prescindere dalla procedibilità, ovvero trasformare, nell’immediatezza, il regime di procedibilità (da ufficio a querela) per i reati in cui l’interesse privato alla riparazione dell’offeso ha un rilievo dominante rispetto all’interesse pubblico”. Basti pensare alla contravvenzione di “molestie” *ex* art. 660 c.p. che, pur essendo un reato concernente l’ordine e la tranquillità pubblica, si connota di una marcata plurioffensività in quanto naturalmente destinata a turbare anche la serenità degli individui avverso i quali il reato è posto in essere.

Ebbene, proprio in quest’ambito la riparazione del reo dovrebbe e potrebbe, in astratto, trovare concreto e naturale attecchimento, dovendosi consentire all’autore del reato una sorta di respiscenza che vada, poi, concretamente a soddisfare le prerogative della persona molestata. Al contrario, la stretta delimitazione dell’ambito applicativo della novella ad i soli reati procedibili a querela di parte finisce con il mortificare la portata innovativa che ne ha ispirato l’introduzione. L’istituto appare, peraltro, distante dagli strumenti di giustizia riconciliativa, non rispondendo ai canoni della riparazione classica per il fatto che, pur essendo teso a soddisfare le prerogative delle persone offese (le conseguenze del dissenso delle quali non è tuttavia disciplinato) non presuppone da parte del giudicante qualsivoglia valutazione in ordine all’effettività del ravvedimento dell’imputato che sia ancorata a parametri normativi tipizzati.

Il disegno del legislatore, pertanto, finisce con il ridimensionare la portata innovativa dell’istituto che, invece, ove diversamente concepito, sarebbe potuto essere un emblema della funzione rieducativa del diritto penale⁸².

⁸² Invero, «la nuova causa di estinzione del reato di cui al nuovo art. 162 *ter* c.p., pertanto, non può ricondursi alla categoria della giustizia riparativa, in quanto la stessa, lungi dal valorizzare le potenzialità intrinsecamente sanzionatorie del risarcimento del danno, non contempla una pena, né presuppone un effettivo pentimento, né si pone come obiettivo la rieducazione del reo, ma prevede soltanto la tacitazione della vittima a fronte del risarcimento del danno, anche quando tale ‘riparazione’ non è accettata dalla persona offesa». Si veda MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all’art. 162 *ter* c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, cit., p. 7.

Valentina Vitulano

Giudice delegato del Tribunale di Torre Annunziata

Alcuni aspetti della Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza

abstract

The contribution examines some aspects of the n. 155/2017 law which delegates the Government to an organic reform of the enterprise's crisis and the insolvency.

The main aim of the reform, in line with the widespread legislative policy in Europe, is to encourage the entrepreneur to bring about the crisis of the enterprise or insolvency in time, by providing a set of preventative tools that can help him to deal with it and solve it before it's too late.

In order to lead the enterprise to deal with the crisis in time, the legislator points to several aspects, he begins with the elimination, even from a lexical point of view, of the negative and discrediting aspects that traditionally accompany the unfortunate outcomes of the enterprise and the "business failure" (which will now be called "judicial clearance"), in order to prevent firms in difficulty from hiding their financial problems until it is too late. He introduces tools of crisis alert and of help to the entrepreneur for his agreed solution, rewarding him if he has activated promptly to safeguard corporate values and to prevent insolvency; strengthens and expands the agreed solutions to the crisis and insolvency.

All in the wake of the trend, widespread in the main civil law regimes, to offer honest and worthy entrepreneurs a "second opportunity".

keywords

Business crisis – Insolvency – Reform.

abstract

Il contributo esamina alcuni aspetti della legge n. 155/2017 che delega il Governo ad una riforma organica della crisi della impresa e della insolvenza.

Il principale obiettivo della riforma, in linea con la politica legislativa diffusa in Europa, è quello di incentivare l'imprenditore a far emergere in tempo la crisi d'impresa, predisponendo una serie di strumenti preventivi che lo aiutano ad affrontarla e risolverla prima che sia troppo tardi.

Per spingere ad affrontare in tempo la crisi il legislatore punta su diversi aspetti, inizia con l'eliminazione, anche sotto il profilo lessicale, degli aspetti negativi e di discredito che tradizionalmente accompagnano gli esiti sfortunati della impresa ed il "fallimento aziendale", (che ora si chiamerà "liquidazione giudiziale"), per evitare che le imprese in difficoltà nascondano i loro problemi finanziari. Introduce strumenti di allerta della crisi di impresa e di aiuto all'imprenditore per la sua soluzione concordata, premiandolo se si è attivato tempestivamente per la salvaguardia dei valori aziendali e per prevenire l'insolvenza; rafforza ed amplia le soluzioni concordate della crisi e della insolvenza.

Il tutto nel solco della tendenza, diffusa nei principali ordinamenti di civil law, di offrire agli imprenditori onesti e meritevoli una "seconda opportunità".

parole chiave

Crisi d'impresa – Insolvenza – Riforma.

sommario

1. Premessa. – 2. I principi della legge delega: questioni terminologiche. – 3. Superamento dell'identificazione tra crisi e insolvenza. – 4. Unificazione del modello procedimentale. – 5. Specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale. – 6. Gruppi d'impresa. – 7. Procedure di allerta e composizione assistita volte ad anticipare l'emersione della crisi. – 8. Piani attestati di risanamento ed accordi di ristrutturazione. – 9. Il concordato preventivo. – 10. Verifica della fattibilità economica del concordato. – 11. Maggioranza per teste e conflitto d'interessi. – 12. Obbligatoria suddivisione dei creditori in classi. – 13. Procedura di liquidazione giudiziale.

1. Premessa

La legge fallimentare di cui al r. d. 16 marzo 1942, n. 267 è stata oggetto di ripetuti e svariati interventi normativi. La riforma è stata inaugurata dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80 e dal d. l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con l. 23 febbraio 2006, n. 51, ed attuata con il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 6, seguito dal decreto 12 settembre 2007, n. 169. A seguire si ricordano, in sequenza il d. l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con l. 28 gennaio 2009, n. 2, il d. l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122, la l. 18 giugno 2009, n. 69, il d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134; il d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221, il d. l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98, il d. l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con l. 21 febbraio 2014, n. 4, il d. l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132, il d. l. 3 maggio 2016, n. 116, convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119, il d. l. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. in l. 1° dicembre 2016, n. 225.

«La frequenza degli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi tempi, interessando sovente disposizioni della legge fallimentare modificate appena qualche anno prima, ha generato rilevanti difficoltà applicative anche perché il continuo mutamento del dato normativo rende problematico il formarsi d'indirizzi giurisprudenziali consolidati e stabili, accentuando l'incertezza del diritto. Donde l'esigenza, largamente avvertita da tutti gli studiosi e dagli operatori del settore, di un approccio di riforma non più episodico ed emergenziale, bensì sistematico ed organico, in moda da ricondurre a linearità un sistema divenuto nel tempo troppo farraginoso» così la relazione sullo schema di legge delega.

Con la legge delega n. 155 dell'19.10.2017, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 30/10/2017, n.254, il Governo è stato delegato a realizzare la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

L'esigenza è stata quella di una riforma complessiva

della materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali ad essa relative, al fine di fornire un quadro normativo unitario, di razionalizzazione e riordino del sistema, affinché i rimedi alla crisi delle imprese, funzionali alla soddisfazione dei creditori, possano essere perseguiti in base a regole certe e predeterminate.

Tale intento è esplicitato alla lett. m) dell'art. 2, comma 1, in base al quale il legislatore delegato, nel riformare la disciplina, deve provvedere a «riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti dalla presente legge».

La legge delega si compone di 16 articoli suddivisi in 3 Capi.

L'articolo 1 rubricato “oggetto della delega al Governo e procedure per l'esercizio della stessa”, delega il Governo ad adottare – entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge – uno o più decreti legislativi per riformare organicamente:

- le procedure concorsuali (r. d. n. 267 del 1942, c.d. Legge fallimentare);
- la disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento (legge n. 3 del 2012);
- il sistema dei privilegi e delle garanzie.

Nell'esercizio della delega il Governo deve “tenere conto” della normativa UE. Sono espressamente richiamati il Regolamento (UE) 2015/848, del 20 maggio 2015, sulle procedure d'insolvenza e la Raccomandazione della Commissione europea n. 2014/135/UE, del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza), nonché dei principi della model law, elaborati in materia d'insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale - UNCITRAL (comma 2).

I temi sui quali il Governo è chiamato ad intervenire sono numerosi, in molti casi, gli interventi di riforma previsti hanno l'obiettivo di fare chiarezza su aspetti problematici emersi nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa vigente.

L'ampiezza e l'eterogeneità del contenuto della legge delega rende impossibile eseguire in questa sede un analitico esame di tutte le direttive impartite dal legislatore delegante, pertanto l'analisi dovrà necessariamente riguardare solo alcuni aspetti qualificanti della delega conferita.

2. I principi della legge delega: questioni terminologiche

Nei principi generali, dettati all'art. 2, comma 1, lett. a), al legislatore interviene anzitutto sul lessico, prevedendo la sostituzione del termine “fallimento” e suoi derivati con l'espressione “liquidazione giudiziale”, anche per le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose. In tal modo il legislatore mostra di voler prendere le distanze dai residui caratteri di afflittivi ancora insiti in alcuni

aspetti dell'attuale disciplina fallimentare e di adeguarsi alla maggior parte delle altre legislazioni europee. Nella relazione sullo schema di legge delega, si afferma che «sul piano definitorio, si propone di abbandonare la tradizionale espressione fallimento (e quelle da esse derivate), per evitare l'aura di negatività e discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna; ..non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività d'impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato».

3. Superamento dell'identificazione tra crisi e insolvenza

La legge delega dispone che il Governo dovrà distinguere il fenomeno dello stato di crisi dall'insolvenza, configurando la crisi come «probabilità di futura insolvenza» dunque, collocandola in una fase prodromica che può sfociare o meno nella insolvenza. Resta, invece, immutata l'attuale definizione dello stato d'insolvenza contenuta all'art. 5 della legge fallimentare, unica peraltro rilevante per l'apertura della liquidazione giudiziale.

4. Unificazione del modello procedimentale

L'art. 2 enuncia una serie di principi e criteri finalizzati all'adozione di un modello processuale unitario per l'accertamento dello stato di crisi e dello stato d'insolvenza. L'unitarietà del modello processuale implica la sua applicazione a tutte le procedure concorsuali e ad esso saranno assoggettate tutte le categorie di debitori (persona fisica o giuridica, ente collettivo, imprenditore sia commerciale che agricolo, consumatore, professionista), ad esclusione dei soli enti pubblici. L'adozione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o d'insolvenza del debitore dovrà avvenire «in conformità all'art. 15 del regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267», ossia secondo le regole dettate per l'attuale istruttoria prefallimentare. La legge delega prevede che tale unitario procedimento deve essere applicato nella fase iniziale di qualsivoglia domanda in cui si prospetti lo stato di crisi o d'insolvenza, differenziarsi, invece, nella fase finale e nei relativi possibili esiti, che il Governo dovrà disciplinare distintamente. Nell'elaborare tale procedimento unico il legislatore delegato dovrà attenersi ai seguenti principi: a) particolare celerità del giudizio, anche in fase di reclamo; b) previsione della legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa, ammettendo l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui abbia notizia dell'esistenza di uno stato d'insolvenza; c) specificazione della disciplina delle misure cautelari, con attribuzione della relativa competenza anche alla Corte di appello; d) armonizzare il regime delle impugnazioni, con particolare riguardo all'efficacia delle pronunce rese avverso i provvedimenti di apertura della proce-

dura di liquidazione giudiziale ovvero di omologazione del concordato.

Si prevede, poi, l'equiparazione del trattamento riservato all'imprenditore che dimostri di rivestire un profilo dimensionale inferiore ai parametri di cui all'art. 1 l. fall. a quello previsto per i debitori civili (non imprenditori) ossia professionisti e consumatori, nell'ambito della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla legge del 27 gennaio 2012, n. 3.

Nel predisporre tale modello procedimentale unitario il Governo dovrà, inoltre:

- recepire, ai fini della competenza territoriale, la nozione di «centro degli interessi principali del debitore; prevedere la prioritaria trattazione delle proposte che assicurino la continuità aziendale, considerando la liquidazione giudiziale come *extrema ratio*;
- prevedere che la notificazione degli atti nei confronti del debitore professionista o imprenditore venga effettuata attraverso posta elettronica certificata, attingendo al registro delle imprese ovvero all'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti;
- ridurre i costi e la durata delle procedure concorsuali, anche con misure volte a responsabilizzare gli organi di gestione e di contenere le ipotesi di prededuzione, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure;

5. Specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale

Al fine di assicurare un sufficiente livello di specializzazione dei giudice addetti alla trattazione delle procedure concorsuali, la legge delega valorizza i tribunali delle imprese cui è attribuita la competenza sulle procedure concorsuali, e sulle cause da esse derivate, «maggiori» in quanto coinvolgenti le imprese in amministrazione straordinaria ed i gruppi d'impresa di rilevanti dimensioni. Gli attuali criteri di competenza permangono solo per le fattispecie d'insolvenza «minori», ossia «per le procedure di crisi o d'insolvenza del consumatore, professionista e dell'imprenditore in possesso del profilo dimensionale ridotto di cui all'art. 1 l. fall.». Infine, ad alcuni tribunali già esistenti, e da individuarsi in base a parametri oggettivi, residua la competenza per le procedure concorsuali di «medie dimensioni» e cioè relative a quelle imprese che superino i limiti dimensionali di cui all'art. 1 l. fall. ma non rientrino nella definizione di gruppo d'impresa di rilevanti dimensioni.

6. Gruppi d'impresa

Si delineano i principi entro i quali disciplinare la crisi e insolvenza dei gruppi d'impresa, con l'introdu-

zione di una definizione generale di gruppo d'impresa volta a considerare unitariamente la realtà imprenditoriale composta da più imprese, per consentire lo svolgimento di una procedura unitaria per la trattazione dell'insolvenza, con la previsione di un unico ricorso sia per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'intero gruppo, sia per l'ammissione di tutte le imprese del gruppo alla procedura di concordato preventivo.

7. Procedure di allerta e composizione assistita volte ad anticipare l'emersione della crisi

Il legislatore ha voluto scongiurare il rischio che lo stato di crisi dell'impresa si trasformi in un'irreversibile insolvenza, con conseguente distruzione di ricchezza, prevedendo meccanismi di prevenzione finalizzati alla tempestiva emersione delle criticità economico-finanziarie dell'impresa ed alla relativa soluzione.

A tal fine la legge delega ha introdotto misure di "allerta" volte ad anticipare l'emersione della situazione di crisi d'impresa mediante strumenti stragiudiziali e confidenziali di sostegno all'imprenditore, finalizzati ad una rapida analisi delle criticità economico-finanziarie dell'impresa tramite un servizio di "composizione assistita della crisi" fornito da organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione negoziata. Il tutto con riflessi anche deflattivi sul contenziioso.

Per incentivare l'emersione in tempi utili dello stato di crisi, il legislatore si muove in due direzioni, da un lato, prevede misure premiali in favore dell'imprenditore che si sia tempestivamente rivolto all'organismo di composizione della crisi al fine di ottenere una sollecita soluzione concordata, dall'altro, pone in capo ad alcuni soggetti, in possesso di conoscenze qualificate e dei dati aziendali, obblighi di osservazione e vigilanza volti a carpire i segnali di pericolo ed i fattori di difficoltà aziendale, con conseguenti obblighi di segnalazione e di azione pur sempre all'organismo di composizione della crisi.

L'art. 4, infatti, responsabilizza gli organi di controllo e di gestione imponendo loro l'adozione di misure di risanamento volte ad impedire ulteriori rischi per i creditori, prevedendo: «a carico degli organi di controllo societari e degli organi di revisione contabile l'obbligo di avvisare immediatamente gli amministratori dell'esistenza d'indizi fondati di uno stato di crisi», gli amministratori dovranno riscontrare il suddetto avviso e, dunque, attivare le procedure di composizione anticipata della crisi; in caso d'inerzia o d'inadeguato riscontro all'avviso, gli stessi organi di controllo dovranno rivolgersi direttamente al competente organismo di composizione della crisi (art. 4 lett. c)). La legge delega prevede che con tale segnalazione i sindaci sono liberati dalla responsabilità per l'aggravamento del dissesto o per fatti pregiudizievoli successivi ad essa.

L'art. 4 richiama altresì meccanismi di allerta cd. esterni all'impresa, prevedendo a carico di alcuni creditori pubblici qualificati (come, ad esempio l'Agenzia delle entrate, gli agenti della riscossione e gli enti previdenziali) dell'obbligo di segnalare immediatamente agli organi di controllo della società e all'organismo di composizione "il perdurare d'inadempimenti d'importo rilevante", sanzionando l'omessa segnalazione con la perdita dei privilegi di cui tali creditori sono titolari o per i quali procedono.

L'attivazione del procedimento di composizione assistita spetta all'imprenditore che vi può provvedere spontaneamente o previo impulso e segnalazione da parte degli soggetti sopra indicati. La procedura stragiudiziale che s'instaura, ha natura riservata e confidenziale, ed è condotta da un organismo deputato ad assistere il debitore nella composizione della crisi. A tal fine si prevede l'istituzione presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di un organismo – a cui compete la nomina di un collegio di tre esperti designati, rispettivamente, dal presidente della sezione specializzata in materia d'impresa del tribunale competente, dalla camera di commercio e da associazioni di categoria –, che ha il compito di assistere il debitore e di giungere ad una soluzione concordata entro il termine massimo di sei mesi (art. 4 lett. b).

Al collegio di esperti spetta di verificare se è stata raggiunta una soluzione concordata tra il debitore e i creditori entro i termini sopra ricordati; qualora il collegio non individui le misure idonee a superare la crisi, si dovrà prevedere l'obbligo per detto organismo di segnalare al PM il mancato raggiungimento di un accordo con i creditori, per il tempestivo accertamento dell'insolvenza.

A favore dell'imprenditore che abbia tempestivamente attivato la procedura di composizione assistita, sono previste misure premiali sia in termini di responsabilità personale che patrimoniale, comportanti la riduzione d'interessi e sanzioni correlati ai debiti fiscali oltre all'esonero da responsabilità penale per i delitti di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare (se il danno patrimoniale è di speciale tenuità), nonché attenuanti ad effetto speciali per tutti gli altri reati.

8. Piani attestati di risanamento ed accordi di ristrutturazione

Nella fase stragiudiziale di soluzione delle crisi si collocano i piani attestati di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti che la legge delega intende incentivare.

L'art. 5 allo scopo di incentivare il ricorso a tali strumenti prevede: i) l'eliminazione o la riduzione il limite del 60 % dei crediti, previsto nell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, a meno che il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, di cui al primo comma del citato

articolo 182-*bis* o richieda le misure protettive previste, quali, ad esempio, la sospensione delle azioni esecutive durante le trattative; ii) l'estensione della procedura di cui all'art. 182-*septies* l. fall. all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75 per cento dei crediti di una o più categorie omogenee di creditori. Per realizzare un coordinamento sistematico si prevede, in caso di società con soci illimitatamente responsabili, di estendere gli effetti dell'accordo anche a questi, come accade per il concordato preventivo.

9. Il concordato preventivo

La legge delega nell'ambito degli strumenti volti alla regolazione delle crisi o dell'insolvenza di impresa mira in prima battuta alla conservazione del "valore azienda", ponendo in posizione residuale le soluzioni meramente liquidatorie.

Tale intento si ricava dall'art. 2, comma 1, lett g) che impone di dare "priorità di trattazione", salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e sia illustrata nel piano la valutazione di convenienza economica, prevedendo solo in via d'eccezione l'opzione liquidatoria, riservata ai soli casi in cui non sia proposta un'ideale soluzione alternativa.

Anche l'articolo 6, che detta i principi ed i criteri direttivi per riordino dalle disciplina relativa al concordato preventivo, ora disciplinato dagli articoli 160 e seguenti della legge fallimentare, colloca in primo piano la continuazione aziendale, ponendo la soluzione liquidatoria come *extrema ratio*.

Già la legge n. 132 del 6.8.2016 di conversione del d.l. n. 83 del 25.6.2015 ha espresso un deciso *favor* per il concordato che assicuri la continuità aziendale rispetto a quello cd. liquidatorio in cui, a differenza del primo, si prevede la liquidazione dei beni del debitore al fine di produrre ricchezza per soddisfare i creditori, richiedendo solo per quest'ultima tipologia di concordato, a pena di inammissibilità della proposta, il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari (art. 160 ult. comma. l. fall.).

Con la legge delega si è ulteriormente ristretto l'ambito operativo del concordato puramente liquidatorio, la cui ammissibilità è subordinata alla condizione dell'apporto di "risorse esterne che aumentino in modo apprezzabile la soddisfazione dei creditori" e che siano comunque tali da assicurare il pagamento dei creditori chirografari nella misura pari ad almeno il 20%.

L'ampia dizione "risorse esterne" è idonea a ricomprendere ogni forma di ricchezza non riconducibile al patrimonio del debitore, quale ad esempio l'apporto di danaro o di beni di terzi o provenienti da altre ope-

razioni, come in caso di rinuncia o di postergazione volontaria di un credito. Tali risorse oltre che "esterne" rispetto al patrimonio del debitore, devono essere tali da aumentare in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori, sul punto, nella relazione di accompagnamento allo schema di disegno di legge elaborato dalla commissione Rordorf si affermava che tale apporto dovrebbe essere tale da «rendere il concordato più vantaggioso per i creditori in termini non irrisoni, ma la relativa misura ben potrà essere valutata caso per caso o eventualmente in seguito specificata dal legislatore delegato».

La legge delega riferisce il vincolo di pagamento della soglia minima del 20% all'ammontare "complessivo" dei creditori chirografari, ossia al relativo valore globale, in tal modo eliminando i dubbi interpretativi, sorti in relazione alla attuale formulazione dell'art. 160 ult. co. l. fall. che, invece, riferendo la soglia percentuale al solo ammontare di tali crediti, ha fatto dubitare se il vincolo debba essere rapportato al ceto chirografario nel suo complesso ovvero al singolo creditore chirografario. Per cui, in base ai principi fissati nella legge delega, qualora il concordato preveda la suddivisione in classi dei creditori chirografari, la percentuale del 20% dovrebbe essere computata sul valore complessivo di tali crediti, di guisa che sarebbe ammissibile una proposta che preveda per alcune classi un pagamento percentuale inferiore, se compensata con la maggior percentuale (rispetto a quella minima fissata per legge) offerta ad altre classi.

Per il concordato con continuità aziendale la legge delega prevede criteri, anche contenutistici, che devono guidare il legislatore delegato, espressione dell'indubbio favor accordato dal legislatore a tale soluzione negoziata della crisi d'impresa. I criteri indicati consentono di superare altrettanti contrasti interpretativi sorti in giurisprudenza circa l'ambito applicativo dell'art. 186-*bis* c.p.c., che hanno generato, talvolta, disparità di trattamento.

In primo luogo, la legge delega prevede che venga innalzata, anche oltre l'anno, la moratoria per il pagamento dei creditori privilegiati, sempre che il piano non preveda la liquidazione dei beni sui quali sussiste il privilegio, riconoscendo, in caso di dilazione ultrannuale, il diritto di voto.

Tale principio consente di superare il contrasto sorto in giurisprudenza circa l'interpretazione combinata degli artt. 160, comma 2, 177 e 186-*bis* l. fall. L'interpretazione restrittiva di tali norme ha, infatti, portato alcuni tribunali a sostenere che da esse si ricava la regola che «i creditori privilegiati debbano essere pagati immediatamente dopo l'omologa, non consentendosi dilazioni ulteriori, se non quella della moratoria annuale introdotta dall'art. 186-*bis* l. fall.», ed a ritenere, quindi, inammissibili i concordati che prevedano il pagamento dei privilegiati oltre l'anno. Altra tesi, condivisa dalla legge in esame, ha ritenu-

to, invece, che il limite annuale posto dall'art. 186-*bis* l. fall., non incide sull'ammissibilità di una proposta che preveda il pagamento dei creditori muniti di prelazione in archi temporali superiori all'anno, poiché tale superamento incide solo sulla loro esclusione dal voto che vale solo a fronte di una moratoria annuale conforme all'art. 186-*bis*, comma 2, lett. c), l. fall., altrimenti i creditori suddetti vanno ammessi al voto, venendo meno il presupposto della "indifferenza" che ne legittima l'esclusione dal voto, ai sensi dell'art. 177 l. fall.

In caso di moratoria nel pagamento superiore all'anno, quindi di pagamento dilazionato l'art. 6 lett. g) prevede che il Governo è tenuto a «disciplinare il diritto di voto dei creditori con diritto di prelazione, il cui pagamento sia dilazionato, e dei creditori soddisfatti con utilità diverse dal denaro». Il Governo dovrà quindi chiarire se l'ammissione al voto dei creditori privilegiati debba avvenire, in ogni caso di superamento del termine annuale o di soddisfazione con utilità diverse dal denaro, per l'intero credito o se tale creditore debba essere ammesso al voto solo nella misura percentuale corrispondente alla non integrale soddisfazione dovuta alla dilazione di pagamento o alla modificazione qualificativa del proprio diritto di credito, con le difficoltà connesse, in tale seconda ipotesi, di stabilire la misura di tale percentuale.

La legge delega amplia l'ambito applicativo del concordato con continuità aziendale prevedendo espressamente che la relativa disciplina si applichi «anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato», – ipotesi questa di continuità cd. indiretta oggi discussa in giurisprudenza – e «anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale».

La legge delega, quindi, affronta e tenta di risolvere i contrasti interpretativi sorti circa la distinzione tra concordato liquidatorio ed in continuità, nei casi problematici della "continuità indiretta" e del cd. concordato misto che ricorre quando la proposta prevede sia la continuazione dell'attività di impresa che la liquidazione di beni non funzionali all'impresa.

Già a seguito delle modifiche apportate dal d. l. 83/2015 convertito in l. 132/2015 agli interpreti si è posto il problema di individuare la disciplina applicabile alla proposta di concordato con continuità indiretta ed a quella cd. mista, incidendo la relativa opzione interpretativa sulla stessa ammissibilità della proposta concordataria, valendo solo per il concordato liquidatorio l'obbligo, già previsto dal comma 5 dell'art. 160 l. fall., di assicurare il pagamento di alme-

no il 20% dell'ammontare dei creditori chirografari e non anche per il concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* l. fall., dalla norma espressamente esonerato.

In giurisprudenza tutt'ora si discute se l'esonero valga solo per il concordato con continuità diretta che preveda cioè la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso debitore o anche per quello con continuità indiretta, in quanto quest'ultima prevede l'affitto o la cessione a terzi dell'impresa, sebbene in esercizio.

Un'opzione interpretativa, affermata nella giurisprudenza di merito, sostiene che il richiamo operato dall'art. 160 l. fall. all'art. 186-*bis*, ai fini dell'esonero dal citato obbligo, sia "selettivo" ossia riferito alla sola continuità diretta, limitandolo, quindi, ai soli concordati che prevedono la continuazione gestionale della attività aziendale da parte dello stesso debitore proponente, individuando nei ricavi conseguibili dalla gestione interale l'utilità economica da destinare al soddisfacimento del ceto creditorio. L'esenzione, per tale tesi, troverebbe la propria giustificazione nell'alea insita nel futuro andamento dell'impresa e dei relativi flussi economici che il debitore si assume continuando l'attività che, quindi, non ricorrerebbe nella fattispecie della continuità indiretta, in cui si prevede la cessione o l'affitto dell'azienda a terzi.

Altra interpretazione sostiene che occorre attribuire rilievo al tenore letterale del comma 5 dell'art. 160 che, ai fini dell'esonero, richiama l'art. 186-*bis* l. fall. senz'altra specificazione e/o limitazione, di guisa che deve ritenersi che il richiamo sia al concordato in continuità, sia nella forma diretta ed indiretta, non potendo ritenersi consentito porre in via interpretativa limitazioni non espressamente previste dal legislatore. Per tale tesi ciò che rileva è la presenza di un'azienda in esercizio che permane anche nel caso di affitto che rappresenta solo una modalità attraverso la quale l'azienda viene mantenuta in vita.

La legge delega mediante l'espressa inclusione in tale forma di concordato dell'ipotesi dell'affitto della azienda in esercizio, anche se stipulato anteriormente alla proposta di concordato, sembra aver aderito a tale seconda tesi, così ampliando l'ambito delle fattispecie sussumibili nella continuità di impresa e riducendo correlativamente le ipotesi sottoposte all'obbligo della percentuale minima di soddisfacimento ai chirografari, dalla legge delega riconfermata per il solo concordato liquidatorio.

Altro problema ha riguardato le ipotesi in cui la proposta prevede non solo la continuità, diretta o indiretta, ma anche la liquidazione di beni non funzionali alla continuità aziendale.

Essendo la proposta concordataria espressione della autonomia negoziale, la combinazione dei differenti schemi del concordato, liquidatorio ed in continuità, è consentita dal principio della atipicità della proposta e

del piano concordatario, configurando una fattispecie complessa con causa mista che, tuttavia, pone il problema di individuare la disciplina applicabile. Nelle ipotesi dubbie la giurisprudenza ha applicato i principi elaborati dalla giurisprudenza in ambito contrattuale.

Occorre ricordare che l'attuale previsione dell'art. 186-*bis* l. fall. già ammette, nel concordato in continuità, la possibilità della "liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa", ritenendo compatibile con tale tipologia di concordato un inserto liquidatorio ma di beni non funzionali allo svolgimento della impresa. Tale compatibilità va letta sempre nell'ottica ed in funzione di una migliore gestione economica dell'azienda e/o del risanamento della stessa, finalizzata a "liberarla" da beni non funzionali alla relativa prosecuzione, che ne rappresentano solo un peso in termini di gestione anche economica o di soli costi.

La legge delega conferma la previsione dell'attuale art. 186-*bis* l. fall. secondo cui la disciplina del concordato con continuità aziendale si applica anche quando a questa si accompagni la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, ma limita la possibilità di tale coesistenza alla condizione che «possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale».

Dunque il legislatore sembra aver optato per il criterio, già diffuso in giurisprudenza, della prevalenza, per poter collocare i concordati misti nell'ambito di quello con continuità aziendale piuttosto che di quello liquidatorio, secondo cui in presenza di una causa mista deve applicarsi la normativa relativa alla forma di concordato in concreto prevalente, tenuto conto della causa in concreto perseguita con la proposta.

Tale criterio è stato sottoposto a rilievi critici dalla dottrina e dalla giurisprudenza che ne hanno evidenziato l'insufficienza ed il rischio di mortificare la volontà negoziale qualora rigidamente applicato e fondato su basi esclusivamente quantitative ossia su valori esclusivamente economici, poiché non sempre rispondenti alla causa concreta della proposta concordataria.

Invero è possibile che nel programma predisposto dal debitore per la soluzione della crisi, rivestano pari rilevanza, sotto il profilo funzionale, sia gli aspetti liquidatori che quelli in continuità, di guisa che non sia possibile individuare la prevalenza funzionale dell'una o dell'altra fattispecie. In assenza di una prevalenza funzionale, non appare pienamente condivisibile individuare l'elemento prevalente della proposta e del piano, su basi esclusivamente economico-quantitative. In tal modo, poi, si costringerebbe il giudice ad operare valutazioni economiche "in concreto" che, tuttavia, sono solo in astratto ed in via previsionale indicate nel piano, che potrebbero essere smentite dai risultati pratici concretamente conseguiti.

10. Verifica della fattibilità economica del concordato

L'art. 6 comma 1, lett. e) prevede che il legislatore delegato dovrà «determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale».

Con tale criterio il legislatore sembra prendere le distanze dal consolidato principio sancito dalla Corte di Cassazione, ed inaugurato con la sentenza resa dalla SS.UU. il 23 gennaio 2013, n. 1521, che distingue la fattibilità giuridica, oggetto di valutazione giudiziale, da quella economica, riservando quest'ultima alla valutazione della maggioranza dei creditori. Per la giurisprudenza di legittimità il sindacato del giudice sul requisito di fattibilità giuridica del concordato deve essere esercitato sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura, e della verifica della loro rispondenza alla causa del procedimento di concordato preventivo, la quale si sostanzia nella regolazione e nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore mediante il soddisfacimento delle ragioni dei creditori. Invece, la fattibilità economica poiché riguarda la convenienza economica della soluzione concordataria, la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti, spetta esclusivamente ai creditori e non al giudice.

Il criterio contenuto nella legge delega di sicuro amplia il sindacato del tribunale estendendolo alla "fattibilità economica" e, dunque al merito della proposta, tuttavia non sembra porsi in contrasto con il principio sancito dalle S.U. se si considera che la "fattibilità economica" è altro rispetto alla "convenienza economica" riservata ai creditori. La prima, infatti, è da riferirsi alla valutazione della idoneità del piano, per come strutturato, a realizzare, sia giuridicamente che economicamente, la proposta concordataria ideata, mentre la pura convenienza economica resta di esclusiva pertinenza dei creditori.

L'attribuzione al giudice del potere di estendere il sindacato anche alla fattibilità economica giustifica l'immediata dichiarazione di inammissibilità di proposte *prima facie* economicamente non sostenibili e, dunque, non realizzabili. Prevedendosi, poi, che tale valutazione deve essere eseguita "tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale", sembra che il tribunale possa esercitare tale sindacato non già in sede di valutazione sulla ammissibilità della proposta, ma solo successivamente al provvedimento di apertura con il quale si provvede alla nomina del commissario giudiziale, salvo nel caso di domanda di concordato con riserva. Tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale potrà revocare il concordato, come del resto già previsto dal vigente art. 173 l. fall.

Pare che la legge delega con il riconoscimento del potere-dovere del tribunale di valutare la fattibilità anche economica del piano, tenendo conto dei rilievi del

commissario giudiziale, abbia solo voluto superare il contrasto esistente in dottrina e giurisprudenza circa la possibilità di revocare il concordato *ex art.* 173 l. fall. a seguito della prognosi negativa eseguita sulla concreta realizzabilità (fattibilità) del piano.

11. Maggioranza per teste e conflitto di interessi

La lett. f) dell'art. 6 prevede poi di «sopprimere l'adunanza dei creditori, previa regolamentazione delle modalità telematiche per l'esercizio del voto e la formazione del contraddittorio sulle richieste delle parti, nonché' adottare un sistema di calcolo delle maggioranze anche «per teste», nell'ipotesi in cui un solo creditore sia titolare di crediti pari o superiori alla maggioranza di quelli ammessi al voto, con apposita disciplina delle situazioni di conflitto di interessi».

Tale previsione sembra volta ad evitare comportamenti abusivi da parte dei creditori forti, richiedendo il calcolo delle maggioranze anche per teste nel caso in cui vi sia un creditore titolare di un credito pari o superiore alla maggioranza di quelli ammessi al voto. La locuzione «anche» lascia intendere che il criterio della maggioranza per teste non si sostituisce a quello della maggioranza per valore, ma si aggiunge a quest'ultimo, il coordinamento tra i due criteri sembra debba essere previsto nel solo caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti pari o superiori alla maggioranza di quelli ammessi al voto. È chiaro, infatti, che non prevenendo tale sistema di calcolo, l'unico creditore, che detenga crediti in misura pari o superiori alla maggioranza dell'intero ceto creditorio determinerebbe le sorti dell'esito delle votazioni. Tale circostanza, peraltro, nella fase antecedente alla votazione, potrebbe prestarsi ad abusi poiché il creditore cd. forte potrebbe pretendere modifiche della proposta concordataria a lui gradite, pena, in prospettiva, il mancato raggiungimento della maggioranza necessaria alla approvazione della proposta concordataria.

La legge delega impone al legislatore delegato di dare rilevanza, in sede di votazione, alle situazioni di conflitto di interessi, in tal modo sancendone la configurabilità anche nell'ambito del concordato, possibilità questa finora estremamente discussa sia in dottrina che in giurisprudenza.

Tuttavia il legislatore si limita a tale affermazione di principio senza fornire criteri al Governo per regolare un'ipotesi tanto delicata e controversa, lasciando libero nella relativa configurazione e regolamentazione.

12. Obbligatoria suddivisione dei creditori in classi

La lett. d) dell'art. 6 prevede che, il legislatore delegato, dovrà «individuare i casi in cui la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, è obbligatoria, prevedendo, in ogni caso, che tale obbligo sussiste in presenza di creditori assistiti da garanzie esterne»,

Si tratta di un principio innovativo, che si discosta

dall'attuale formulazione dell'art. 160 l. fall. secondo cui la proposta di concordato «può» ma non deve prevedere la suddivisione dei creditori in classi, così come il tribunale può solo controllare la correttezza dei criteri seguiti nella relativa formazione ma non sindacare la scelta della loro mancanza.

L'intento del legislatore sembra quello di tutelare i creditori «deboli» rispetto a quelli «forti» che detengono la maggioranza o siano assistiti da garanzie, richiedendo, in tal modo, che ai fini della approvazione della proposta di concordato sia raggiunta «anche» la maggioranza per classi.

13. Procedura di liquidazione giudiziale

La liquidazione giudiziale è, nella riforma, destinata a sostituire l'odierna procedura di fallimento.

In tale ambito la legge delega detta criteri finalizzati a rendere la procedura più rapida, pur non discostandosi dall'attuale impianto.

Per potenziare la procedura di liquidazione la legge delega prevede l'eliminazione delle esecuzioni speciali e del privilegio processuale riservato al credito fondiario, anche se solo dopo due anni dalla entrata in vigore dei decreti attuativi (comma 4 lett a).

Altrettanto rilevante è la retrodatazione del periodo sospetto, per le azioni di inefficacia e revocatoria, che non è più riferita alla nascita della procedura concorsuale, ma al deposito della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale. Il procedimento di accertamento del passivo (comma 8) dovrà rispondere a criteri di rapidità, snellezza e concentrazione che, secondo la legge delega, possono essere raggiunti:

- agevolando la presentazione telematica delle domande tempestive di creditori e terzi, anche non residenti nel territorio nazionale, restringendo l'ammissibilità delle domande tardive;
- introducendo preclusioni attenuate già nella fase monocratica, ossia quella sommaria, di verifica.

Poiché l'art. 93 l. fall. già prevede che la domanda di insinuazione al passivo, unitamente ai documenti, deve essere trasmessa all'indirizzo di posta elettronica certificata del curatore indicato nell'avviso di cui all'articolo 92, non è chiaro quale altra modalità telematica o più celere possa essere adottata. Il legislatore non detta alcun criterio che indichi le modalità di restringere l'ammissibilità delle domande tardive.

La direttiva di cui alla lett. b) è volta ad introdurre nel procedimento di verifica svolto dinanzi al giudice delegato delle «preclusioni attenuate». L'art. 95 l. fall. attualmente già prevede delle preclusioni, stabilendo che «i creditori, i titolari di diritti sui beni ed il fallito possono esaminare il progetto e presentare al curatore...osservazioni scritte e documenti integrativi fino a cinque giorni prima dell'udienza». Per cui anche tale direttiva della legge delega non è ben delineata non essendo chiaro come una preclusione possa essere attenuata.

- c) prevedendo forme semplificate per le domande di minor valore o complessità. Riguardo alla forma non si vede quale forma, diversa dal ricorso, possa essere prevista per semplificare le domande di minor valore e complessità;
- d) assicurando stabilità alle decisioni sui diritti reali immobiliari. La necessità di assicurare stabilità alle decisioni sui diritti reali immobiliari si pone in contrasto con la natura endoconcorsuale dell'accertamento del diritto eseguito in sede di verifica, che evidentemente il legislatore vuole escludere limitatamente a tali decisioni, per salvaguardare l'esigenza di certezza dei terzi. La finalità è quella di tutelare il soggetto che si rende aggiudicatario di immobili appresi all'attivo da eventuali rivendiche di terzi che, già in sede verifica, avevano fatto valere diritti sull'immobile poi alienato, vedendosela rigettare dal giudice delegato. È chiaro che prevedendosi un'efficacia solo interna, endoprocedimentale della decisione, l'aggiudicatario si vede esposto, anche dopo la chiusura della procedura, al rischio di subire pretese e/o l'evizione di terzi, rischio questo che è scongiurato assicurando stabilità ed efficacia esterna alla decisione sui diritti reale immobiliari, voluta dal legislatore;
- e) attrarre nella sede concorsuale l'accertamento di ogni credito opposto in compensazione ai sensi dell'articolo 56 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
- f) chiarendo le modalità di verifica dei diritti vantati su beni del debitore che sia costituito terzo datore di ipoteca. La previsione è opportuna essendo attualmente estremamente incerte le modalità con le quali il creditore ipotecario possa far valere le proprie pretese in caso di fallimento del terzo datore di ipoteca. Poiché il creditore ipotecario non vanta alcun credito nei confronti del fallito – terzo datore di ipoteca, la giurisprudenza esclude che possa avvalersi del procedimento di verifica, non essendovi alcun credito da verificare. Altra parte della giurisprudenza sostiene che tale creditore per soddisfarsi sul bene, appreso all'attivo, ma sul quale insiste la sua garanzia, dovrebbe attivare la procedura espropriativa contro il terzo proprietario prevista agli artt. 602 e 604 c.p.c. In contrario si osserva che la dichiarazione di fallimento del terzo datore di ipoteca impedisce di iniziare e proseguire azioni esecutive ai sensi dell'art. 51 l. fall., per cui tale seconda soluzione non sarebbe percorribile. Al legislatore delegato è quindi rimessa la scelta circa le modalità di verifica dei diritti spettanti a tali creditori;
- g) adeguare i criteri civilistici di computo degli interessi alle modalità di liquidazione dell'attivo di cui al comma 9.

Per raggiungere l'obiettivo della massima trasparenza ed efficacia delle liquidazione, si prevede: l'in-

troduzione di sistemi informativi e di vigilanza della gestione liquidatoria, caratterizzati da trasparenza, pubblicità e obblighi di rendicontazione nonché la creazione di un mercato unitario telematico delle vendite per tutti i beni posti in vendita in sede concorsuale. La legge delega prevede inoltre la presenza di un ente che certifichi i crediti di coloro che sono ammessi al passivo quale condizione per poterli abilitare a partecipare alle vendite dei beni in misura proporzionale alla probabilità di soddisfazione del loro credito.

L'art. 8 riferito all'istituto della esdebitazione, prevede la possibilità per il debitore di presentare domanda di esdebitazione subito dopo la chiusura della procedura, introduce particolari forme di esdebitazione di diritto- che dunque non richiede la pronuncia del giudice- riservate alle insolvenze minori, ammettendo anche le società al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti.

Recensioni

HO VISTO COSE. TUTTI I TRUCCHI PER RUBARE IN ITALIA RACCONTATI DA UN MANAGER
PUBBLICO

di Alberto Pierobon con Alessandro Zardetto, ed. Ponte alle Grazie, 2017, pp. 224 1098
a cura di Luca Longhi



Ho visto cose. Tutti i trucchi per rubare in Italia raccontati da un manager pubblico

di Alberto Pierobon con Alessandro Zardetto, ed. Ponte alle Grazie, 2017, pp. 224

Un'interessante novità nel panorama editoriale è rappresentata dal volume "Ho visto cose. Tutti i trucchi per rubare in Italia raccontati da un manager pubblico" di Alberto Pierobon con Alessandro Zardetto (ed. Ponte alle Grazie, 2017, pp. 224).

Si tratta di un saggio, scritto da un manager pubblico di lungo corso, che si rivolge ad un pubblico di addetti ai lavori e non solo, dedicato allo spinoso tema della corruzione e del malaffare all'interno delle nostre pubbliche amministrazioni.

L'Autore ha ritenuto di affrontare l'argomento in forma di racconto in prima persona, un'io narrante che parla a ragion veduta, sulla scorta di un'ampissima esperienza maturata nell'arco di un'intera carriera al servizio delle istituzioni.

Tale scelta narrativa si rivela decisamente vincente e accattivante, catturando l'interesse del lettore (anche di quello avulso alle logiche dell'amministrazione) e spingendolo a riflessioni che una trattazione maggiormente manualistica o paludata non sarebbe stata in grado di suscitare.

Tuttavia, la partecipazione e la passione civile che questa lettura trasmette vanno di pari passo con la competenza e il rigore con i quali l'Autore approccia i diversi argomenti trattati.

Si parla, difatti, di rifiuti, servizio idrico, lavori pubblici, mercati finanziari, tutti ambiti nei quali Pierobon ha operato in oltre tre decenni di attività, attraverso varie epoche, dai fasti della Prima Repubblica al drastico ridimensionamento degli ultimi anni.

Ciascuno dei temi toccati viene adeguatamente depurato di riferimenti concreti («per prudenza o riservatezza», come rivelato dall'Autore), ciò anche e soprattutto al fine di evitare il rischio di scadere nello scandalo o nel sensazionalismo, come tanti altri volumi in circolazione si propongono di fare.

Ed invero, la prosa scorrevole e il forte richiamo dei fatti narrati non indulgono mai ai facili populismi che lo spirito del tempo sembrerebbe autorizzare a coltivare.

Le intenzioni dell'Autore sono ben altre e più nobili: non traspare dalle pagine di questo saggio alcun intento polemico o, peggio ancora, vendicativo nei confronti del sistema (al netto del sottotitolo volutamente provocatorio), né meno che mai i toni adottati appaiono moralistici o sentenziosi.

Affiora, piuttosto, l'attitudine (potrebbe quasi dirsi la vocazione) di un professionista, che, con diversi ruoli, ha servito le istituzioni con la disciplina e l'onore affermati dall'art. 54 della Costituzione.

Proprio nei doveri sanciti dall'art. 54 Cost., troppo spesso trascurati nel dibattito sia politico che dottrinale, si potrebbe rinvenire una chiave di lettura dell'opera, nella misura in cui gli episodi illustrati assurgono ad altrettanti esempi di un corretto adempimento delle funzioni pubbliche, pur nelle insidie e negli allettamenti che possono prospettarsi quotidianamente a chi svolge dette funzioni in posizioni apicali o strategiche.

Una lettura del genere è particolarmente consigliata all'operatore giuridico e allo studioso, che di questa Rivista costituiscono evidentemente la platea di elezione: ciò perché non abbiano mai a tralasciare il quadro dei doveri risultante dalla Carta fondamentale e dall'ordinamento in generale.

Sovente, difatti, nella pratica quotidiana (di professionisti, ma anche di cittadini) ci si concentra esclusivamente sul versante dei diritti e delle pretese, omettendo di considerare che il nostro stare insieme (lo Stato-comunità) reclama *in primis* l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (cfr. art. 2 Cost.).

La cultura giuridica dominante (e, più in generale, il pensiero diffuso nella società contemporanea) impone modelli prevalentemente rivolti a forme di egoismo e accumulazione, in danno delle responsabilità collettive che incombono a ciascuno di noi (si pensi, ad esempio, al secondo comma dell'art. 4 Cost.).

Quel che desta maggiori perplessità e preoccupazioni per l'avvenire è l'amara constatazione che tali modelli hanno attecchito anche negli enti pubblici e nelle istituzioni, che dell'interesse pubblico dovrebbero costituire il regno inespugnabile.

Solo la promozione diffusa della cultura dei doveri, a cominciare dalla partecipazione alle spese pubbliche (ampio spazio è, infatti, dedicato al tema dell'evasione e dell'elusione fiscale), può favorire la rinascita di un sentimento di *fraternité* e coesione sociale e, allo stesso tempo, irrobustire la credibilità delle istituzioni agli occhi dei cittadini.

Difatti, gli episodi di *mala gestio* raccontati da Pierobon divengono indicativi di un quadro tristemente contrassegnato da un progressivo depauperamento,

etico prima ancora che economico, dello spazio pubblico: un quadro caratterizzato da un costante tradimento della missione d'interesse generale che dovrebbe connotare l'esercizio di funzioni pubbliche, a tutti i livelli.

È sul terreno dei doveri che può registrarsi un nuovo impulso, si spera decisivo, alla questione morale per trascinare il nostro Paese fuori dalle sabbie mobili della crisi economica e di valori di questi anni.

La duplice valenza, umana oltre che tecnico-giuridica, di questo volume costituisce per il lettore una vera e propria palestra con la quale misurare nei fatti la portata e l'ambito applicativo di concetti ed istituti ricorrenti nello strumentario e nell'esperienza dei dirigenti pubblici (anticorruzione, antiriciclaggio, antitrust), che una trattazione asettica ed appiattita unicamente su una dimensione accademica non avrebbe giammai potuto esprimere.

Gli episodi descritti potranno suscitare nel lettore più avveduto fertili spunti di riflessione intorno, ad esempio, ad una futura regolamentazione delle *lobby* in Italia, visto il peso crescente che le stesse vanno acquisendo nella società in conseguenza della crisi delle forme tradizionali di rappresentanza degli interessi (partiti, sindacati, ordini professionali, ecc.).

Il contributo di un *civil servant*, aduso ad osservare i fenomeni dall'interno (avendo ricoperto, peraltro, diversi ruoli e responsabilità), tanto più se animato da coraggio e cultura del fare, si rivela elemento prezioso, anzi irrinunciabile, per comprendere gli scenari attuali e delineare soluzioni, con l'ottimismo che l'Autore, pur con l'amarezza scaturita da alcune esperienze vissute da testimone diretto, non rinuncia comunque a comunicare.

Indice delle sentenze

Diritto Civile

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. V, 12.5.2017, n. 11872 s.m.
 Cass., sez. un., 29.5.2017, n. 13452 s.m.
 Cass., sez. I, 13.06.2017 s.m.
 Cass. sez. II, 20.6. 2017, n. 15240 s.m.
 Cass., sez. un., 20.6.2017, n. 15268 s.m.
 Cass., sez. I, 22.6.2017, n. 15481 s.m.
 Cass., sez. VI, 23.6. 2017, n. 15706 s.m.
 Cass., sez. un., 5.7.2017, n. 1660 s.m.
 Cass., sez. III, 6.7.2017, n. 16646
 (con nota di Sorrentino)
 Cass., sez. lavoro, 20.7.2017, n. 17917
 (con nota di Alfano)
 Cass., sez. un., 27.7.2017, n. 18725 s.m.
 Cass., sez. un., 2.8. 2017, n. 19161 s.m.
 Cass., sez. II, 4.8.2017, n. 19646 s.m.
 Cass. sez. un., 20.9.2017, n. 21850 s.m.
 Cass. sez. un., 20.9.2017, n. 21854 s.m.
 Cass., sez. un., 22.9.2017 n. 22080
 (con nota di Abagnale)
 Cass. sez. un., 22.9.2017, n. 22082 s.m.
 Cass. sez. VI, 26.9. 2017, n. 22411 s.m.
 Cass. sez. II, 27.9.2017 n. 22678 s.m.
 Cass. sez. un., 9.10.2017, n. 23601 s.m.
 Cass. sez. II, 16.10. 2017, n. 24310 s.m.
 Cass. sez. un., 19.10.2017, n. 24675 s.m.
 Cass. sez. I, 27.10.2017, n. 25631 s.m.

CORTE DI APPELLO

App. Napoli, 11.1.2017
 App. Milano, 26.4.2017
 App. Napoli, sez. lav., 25.5.2017 n. 3871
 (con nota di Molveti)
 App. Milano, 07.06.2017

TRIBUNALE

Trib. Napoli, 29.1.2016
 Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15.11.2016
 Trib. Napoli, sez. Lav., 4.1.2017, n. 9311/2016
 (con nota di Carbone)
 Trib. Savona, 20.2.2017
 Trib. Napoli, 10.3.2017,
 Trib. Santa Maria Capua Vetere, 27.3.2017
 Trib. Genova, 20.4.2016
 Trib. Pavia, 16.5.2017
 Trib. Trani, 22.5.2017

Trib. Macerata, 25.5.2017
 Trib. Salerno, 05.6.2017
 Trib. Brescia, 13.6.2017
 Trib. Napoli, 16.6.2017
 Trib. Roma, sez. XIII, 26.6.2017, n. 13032
 (con nota di Scuotto)
 Trib. Avellino, 12.7.2017
 Trib. Cuneo, 14.7.2017
 Trib. Salerno, 18.7.2017
 Trib. Bari, 19.7.2017
 Trib. Trani, 24.7.2017
 Trib. Avellino, 31.7. 2017
 Trib. Milano, 05.10.2017
 Trib. Catania, V sez. civ., 23.10.2017, n. 4445
 (con nota di Ciccarelli)
 Trib. Roma, 24.10.2017
 Trib. Sulmona, 30.10.2017
 Trib. Agrigento, 31.10.2017
 Trib. Velletri, 08.11.2017

Diritto Penale

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. 3, sent. 1.12.2016, n. 43795 s.m.
 Cass., sez. 4, sent. 26.04.2017, n. 40720 s.m.
 Cass. sez. un., sent. 27.04.2017, n. 40076 s.m.
 Cass., sez. 4, sent. 9.05.2017, n. 42332 s.m.
 Cass., sez. 4, sent. 9.05.2017, n. 42279 s.m.
 Cass., sez. 3, sent. 17.05.2017, n. 39082 s.m.
 Cass., sez. 2, sent. 20.06.2017, n. 41571 s.m.
 Cass., sez. un., sent. 22.06.2017, n. 47374 s.m.
 Cass., sez. 3, sent. 19.07. 2017, n. 41562 s.m.
 Cass., sez. un., sent. 20.07.2017, n. 40963
 (con nota di Vicentini)
 Cass., sez. un., sent. 20.07.2017, n. 42361 s.m.
 Cass., sez. un., sent. 20.07.2017, n. 48126
 (con nota di Pignatelli)
 Cass., sez. fer., sent. 8.08.2017, n. 47602 s.m.

CORTE DI APPELLO

App. Napoli, sez. IV, sent. 31.3.2017, n. 3465 s.m.
 App. Napoli, sez. VI, sent. 6.10.2017, n. 8794 s.m.
 App. Napoli, sez. II, sent. 10.10.2017, n. 8903 s.m.

TRIBUNALE

Trib. Nola, G.M., sent. 12.09.2017, n. 1930 s.m.
 Trib. Nola, G.M., sent. 21.09.2017, n. 2094 s.m.

Trib. Nola, G.M., sent. 4.10.2017, n. 2299 s.m.
Trib. Nola, G.M., sent. 13.10.2017, n. 2480 s.m.

G.I.P./G.U.P

Nola, G.U.P., sent. 27.10.2017, n. 790 s.m.
Napoli, G.U.P., ord. 15.09.2017 s.m.
Nola, G.U.P., sent. 21.06.2017, n. 320 s.m.
Nola, G.U.P., sent. 6.06.2017, n. 1444 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. trib., sez. V, 19.7.2017, n. 17815 s.m.
Cass. trib., sez. V, 02.8.2017, n.19219 s.m.
Cass. civ. , sez. V, 13.9. 2017, n. 21237 s.m.
Cass. civ., sez. V, 22.9.2017, n. 22153 s.m.

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., 13 .7.2017, n. 177 s.m.
Corte cost., 13.7.2017, n. 181 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

CGUE, sent. 11.5.2017, C- 59/16 s.m.
CGUE, sent. 26.7. 2017, C-386/2016 s.m.
CGUE, sent. 9.17, C-441/16 s.m.
CGUE, sent. 12.10.2017 s.m.

Diritto amministrativo

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. civ., sez. un., 04.7.2017, n. 16419 s.m.

Consiglio di Stato

Cons. Stato, sez. V, 04.7.2017, n. 3257 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 11.7.2017, n. 3415 s.m.
Cons. Stato, Ad. Pl., 27.7.2016, n. 21
(con nota di D'Aponte)
Cons. Stato, sez. V, 27.7.2017, n. 3703 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 21.8.2017, n. 4048 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 5.9.2017, n. 4192 s.m.
Cons. Stato, A. P., 19.9.2017, n. 5 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 03.10.2017, n. 4614 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 24.10.2017, n. 4902 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 30.10.2017, n.4982 s.m.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

T.a.r. Milano, sez. IV, 11.7.2017, n. 1589 s.m.
T.a.r. Firenze, 19.7.2017, n. 936 s.m.
T.a.r. Valle d'Aosta, 23.7.2017, n. 36 s.m.
T.a.r. Toscana, sez. I, 01.8.2017, n. 1011 s.m.
T.a.r. Lazio, sez. II ter, 07.8.2017, n. 9249 s.m.
T.a.r. Lazio, sez. III quater, 22.8.2017, n. 9379 s.m.
T.a.r. Napoli, sez. VIII, 27.9.2017, n. 4532 s.m.
T.a.r. Napoli, sez. VIII, 19.10.2017, n. 4884 s.m.
T.a.r. Roma, sez. III quater, 20.10.2017, n. 10561 s.m.
T.a.r. Firenze, sez. III, 23.10.2017, n. 1267 s.m.
T.a.r. Catanzaro, sez. I, 25.10.2017 n. 1600 s.m.
T.a.r. Napoli, sez. III, 25.10.2017 n. 5014 s.m.

Diritto Internazionale

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

CEDU, ricorso n. 19867/12 sent. 11.7. 2017
CEDU, ricorso n. 75916/13, sent. 27.7. 2017
CEDU, ricorso n. 21272/12, sent. 5.10.17
CEDU, ricorso n. 21759/15, sent. 12.10.2017
CEDU, ricorso n. 71233/13, sent. 19.10.2017

CORTE DI CASSAZIONE FRANCESE

Cass. francese, I sez. civ., 5 luglio 2017, n. 824

Diritto dell'Unione Europea

Corte di Giustizia

Corte giust., sez. II, cause riunite C – 401/15 a C –
403/15, 15.12.2016 (con nota di Rosotta)
Corte giust., sez. V, causa C270/17 PPU, 10.8.2017
s.m.
Corte giust., sez. IV, 05.10.2017, n. 567 s.m.

Gazzetta FORENSE

rivista bimestrale
di diritto

- ▶ commerciale
- ▶ tributario
- ▶ civile
- ▶ penale
- ▶ amministrativo
- ▶ internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico
a dieci anni dal *caso Napoli*

FRANCESCO FIMMANÒ

La disciplina degli stupefacenti alla luce
della recente giurisprudenza costituzionale

ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione
delle cause di esclusione nella disciplina
dei contratti pubblici

FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

prezzo di copertina
20,00 euro

*sei numeri della rivista
comodamente a casa tua*

abbonamento ordinario
90,00 euro

L'abbonamento è valido dal mese
successivo alla sottoscrizione

infoline
+39 081 556 06 01

DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale

nome

partita iva e/o codice fiscale

e-mail

indirizzo

n.

cap

città

pr

tel.

Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie > Giapeto Editore Surl
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 00 93 598

@ **per email** a: info@giapeto.it

