

Giapeto Editore

# Gazzetta FORENSE

Gennaio - Febbraio 2017

Il Giudice e l'Economia.

*Prolusione all'inaugurazione anno accademico*

*Università Mercatorum*

**GIOVANNI LEGNINI**

---

Il patto marciano: profili storici e sistematici

**LORENZO RICCIO**

---

Prime indicazioni sul nuovo delitto  
di inquinamento ambientale.

*Nota a Corte di Cassazione, Sez. III penale, 3 novembre 2016,  
n. 46170*

**FABIANA POMES**

---

Tassazione dei redditi derivanti da attività di  
amministratore di società conseguiti da un soggetto  
non residente

**MARIA RUSSO**

---

in collaborazione con



# *Gazzetta* FORENSE

**DIRETTORE RESPONSABILE**

Roberto Dante Cogliandro

gennaio - febbraio 2017

# Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 10 - Numero 1 - Gennaio/Febbraio 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, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Michele Corleto, Francesco Cossu, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Francesca Galgano, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Raffaele Manfrellotti, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Vincenzo Pappa Monteforte, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

**COMITATO SCIENTIFICO**

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Lucia Calvosa, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, 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 Jazzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Alessia Palladino, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Enza Sonetti, Giorgia Viola, Valeria Zannella

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

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

**N. REGISTRAZ. TRIBUNALE**

n. 21 del 13/03/2007

**GRAFICA E IMPAGINAZIONE**

Gianni Ascione, Napoli

**STAMPA E ALLESTIMENTO**

Tavolaro stampa, Napoli - marzo 2017

*in collaborazione con*

  
**PEGASO**  
Università Telematica

**Università  
Mercatorum**

Università telematica delle  
Camere di Commercio Italiane

# SOMMARIO

## Editoriale

IL GIUDICE E L'ECONOMIA.

*Prolusione all'inaugurazione anno accademico Università Mercatorum* ..... 5  
di Giovanni Legnini

## Diritto e procedura civile

IL PATTO MARCIANO: PROFILI STORICI E SISTEMATICI ..... 12  
di Lorenzo Riccio

SULLA FRAZIONABILITÀ DEI CREDITI DERIVANTI DA RAPPORTO DI LAVORO.

*Nota a Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090* ..... 23  
di Lucia Di Martino

IN TEMA DI SEPARAZIONE ED ADULTERIO: L'ADDEBITO VA AL "PRIMO TRADITORE".

*Nota a Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3318* ..... 30  
di Ylenia Zaira Alfano

SULLA NECESSARIA APPLICAZIONE DELLE TABELLE PREDISPOSTE DAL TRIBUNALE DI MILANO  
PER LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE.

*Nota a App. Roma, sez. III, 21 dicembre 2016, n. 7200* ..... 33  
di Pietro Sorrentino

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ ..... 39  
a cura di Mario de Bellis

RASSEGNA DI MERITO ..... 41  
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate

## Diritto e procedura penale

MARKET ABUSE: NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO ..... 46  
di Luigi Giordano e Andrea Nocera

PRIME INDICAZIONI SUL NUOVO DELITTO DI INQUINAMENTO AMBIENTALE.

*Nota a Corte di Cassazione, Sez. III penale, 3 novembre 2016, n. 46170* ..... 55  
di Fabiana Pomes

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI ..... 67  
a cura di Angelo Pignatelli

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ ..... 71  
a cura di Andrea Alberico

RASSEGNA DI MERITO ..... 74  
a cura di Giuseppina Marotta

## Diritto amministrativo

SULLA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE NEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI GARE PUBBLICHE.

*Nota a Corte di Giustizia, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15* ..... 80  
di Biagio Giliberti

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

*(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)* ..... 90  
a cura di Almerina Bove

## Diritto tributario

TASSAZIONE DEI REDDITI DERIVANTI DA ATTIVITÀ DI AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ CONSEGUITI DA UN SOGGETTO NON RESIDENTE .....	94
di Maria Russo	
RIPETIZIONE DI INTERESSI ANATOCISTICI IN FAVORE DEL CORRENTISTA: PROFILI TRIBUTARI DI INTERESSE ERARIALE .....	100
di Daniela Parisi e Lorenzo Sacchetti	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE .....	105
a cura di Maria Pia Nastri	

## Diritto internazionale

L'ARTICOLO 23 DELLA DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI E I CASI "RICONOSCIUTI" DI FORZA MAGGIORE. <i>Nota a Corte di Giustizia (Terza Sezione), 25 gennaio 2017, Causa C-640/1,</i> <i>Minister for Justice and Equality c. Tomas Vilkas</i> .....	108
di Massimiliano Cubuzio	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA .....	122
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli	

## Ordinamento giudiziario

LA CIRCOLARE SULLA FORMAZIONE DELLE TABELLE DI ORGANIZZAZIONE DEGLI UFFICI GIUDICANTI PER IL TRIENNIO 2017/2019: ANALISI DELLE NOVITÀ PIÙ RILEVANTI .....	132
di Nicola Graziano	

## Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE	
Sulla idoneità del provvedimento di revoca dei contributi pubblici alle imprese ad essere titolo esecutivo 474 c.p.c. per l'iscrizione a ruolo finalizzato al successivo prelievo coattivo .....	142
di Assunta Ester Piccolo	
DIRITTO PENALE	
Le regole dibattimentali sulla formazione della prova si estendono anche al procedimento di esecuzione e sorveglianza .....	146
di Giacomo Romano	
DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO	
Sulla ammissibilità del ricorso amministrativo notificato in forma cartacea dopo il 1° gennaio 2017 .....	151
di Elia Scafuri	

## Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE IN CASSAZIONE .....	160
di Giuseppe De Marzo	

## Recensioni

IL SISTEMA NOTARILE DI RISCOSSIONE DEI TRIBUTI, di Vincenzo Pappa Monteforte, IN <i>SAGGI DI DIRITTO TRIBUTARIO</i> collana diretta da Fabrizio Amatucci, Pietro Boria e Antonio Felice Uricchio Aracne editrice, dicembre 2016 .....	164
di Paolo Puri	
INDICE DELLE SENTENZE .....	167

Giovanni Legnini  
Vice Presidente CSM

## Editoriale

### Il Giudice e l'Economia.

#### *Prolusione all'inaugurazione anno accademico Università Mercatorum*

1. *Ancorché i termini del rapporto tra il giudice e l'economia siano stati trattati a più riprese nel corso degli anni, è innegabile che alcune questioni si rivelano ancora aperte e, anzi, talune contraddizioni, che affondano le radici nell'irrisolto rapporto tra diritto e grandezze economiche, si fanno sempre più stridenti.*

*Nell'affrontare i molteplici temi che confluiscono nel binomio diritto-economia e nel rapporto tra giurisdizione e sistema economico, occorre ricordare che il problema non è strettamente riservato agli addetti ai lavori; né si tratta di argomenti che riguardano unicamente i magistrati della sezione fallimentare o assegnati al tribunale delle imprese o i pochi avvocati specialisti di settore. Il profilo di indagine si caratterizza, invece, per una vastità di implicazioni rilevanti a livello macroeconomico e per gli effetti percepibili dai singoli consociati.*

*Proprio attraverso le maglie del rapporto tra economia e diritto, i Paesi dell'area mediterranea – e tra questi l'Italia non sempre in modo giustificato – sono stati chiamati a sedere sul banco degli imputati nella dimensione continentale e sovranazionale di determinazione delle politiche pubbliche.*

*È diffusa come vulgata l'affermazione per cui l'economia italiana non cresce – o cresce meno degli altri ordinamenti statali europei – perché la giustizia si rivela lenta ed inefficace.*

*Un diritto certo, una legislazione ordinata, un efficiente sistema giurisdizionale, un'offerta giudiziaria tempestiva e prevedibile, permette a ciascun Paese di esprimere le proprie potenzialità di sviluppo economico e civile. Al contrario, discipline di settore incerte, friabili, una funzione giurisdizionale che sconti problemi di efficacia, tempestività e di imprevedibili difformità negli orientamenti giurisprudenziali, sono elementi che rappresentano un freno per la crescita economica.*

2. *Eppure, solamente nell'ultimo quinquennio, il tema della giustizia, in particolare quella civile, costituisce uno dei principali parametri utilizzati*

*dall'Unione Europea e da altri organismi internazionali per valutare il grado di affidabilità di un Paese per le decisioni di investimento e quale spinta della domanda aggregata.*

*Il complesso rapporto tra giustizia ed economia è, come è noto, un tema non nuovo.*

*Tra i primi a porre il tema del rapporto tra diritto ed economia, vi fu il padre del liberismo Adam Smith nel celebre studio La ricchezza delle Nazioni. Una delle sue celebri frasi è rivelatrice: «ciascun individuo finché non viola le leggi della giustizia è lasciato perfettamente libero di perseguire il proprio interesse nel modo che vuole». È evidente nelle parole di Smith il senso dell'impostazione liberistica del rapporto tra autorità e libertà, del diritto soggettivo come categoria giuridica che determina la sfera economica.*

*Il concetto marxiano di diritto inteso come sovrastruttura riporta alla mente una frase del celebre filosofo di Trier; affermava Karl Marx: «il potere statale moderno non è che un comitato che amministra gli affari della classe borghese». Egli teorizzava, dunque, la prevalenza dell'economia sul diritto, un diritto asservito alla logica dell'economia come espressione di una classe dominante in una precisa fase storica.*

*È noto che la libertà di iniziativa economica, cristallizzata nell'articolo 41 della Costituzione repubblicana, ha tuttavia trovato una disciplina distante da entrambe tali concezioni.*

*L'ordito costituzionale si pone alla giusta distanza dalle due posizioni estreme: non abbraccia la concezione iperliberista in base alla quale ciascuno, nel contesto di mercato, ha facoltà di compiere quanto desidera purché non violi le regole; rifugge cioè dalla famosa affermazione per cui è lecito, valido e legittimo, tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. Tuttavia, l'impianto dell'articolo 41 della Costituzione non ammette neanche che la libertà di iniziativa economica sia intesa come un diritto funzionalizzato ad interessi superiori individuati da una certa autorità pubblica.*

3. Il rapporto tra il diritto e l'economia si è sviluppato, ormai da almeno due secoli, sui binari della conflittualità.

Un grande economista contemporaneo, tragicamente scomparso, al quale mi sento legato per affinità culturali oltre che per comune provenienza territoriale, Federico Caffè, arrivò a dire che «l'incontro intellettuale tra giurista ed economista mi sembra realmente difficile», anche se questo, aggiunse, «non significa che non debba avvenire».

Dunque, quello tra gli uni e gli altri studiosi è un abbraccio che deve avvenire e che non è impossibile.

Nel dialogo, ormai quotidiano, che attraversa molteplici settori dell'ordinamento e della giurisdizione, si può muovere anche verso soluzioni concrete. Ciò a condizione di assumere che il rapporto trilaterale tra diritto, economia e funzione giurisdizionale debba confluire verso un altro trinomio, quello che lega la certezza, la tempestività e la prevedibilità quali componenti rilevanti dell'effettività del diritto.

Il Professor Natalino Irti, in un recente convegno tenutosi all'Accademia dei Lincei, al quale ho avuto il piacere di partecipare, ha rilanciato il tema della "calcolabilità giuridica"; la capacità, cioè, di poter prevedere gli esiti delle controversie. L'incertezza delle decisioni, infatti, è il terreno di conflitto più aspro e stridente nel rapporto tra economia e diritto.

Il fattore tempo non può essere valutato unicamente come la necessità di concludere un processo in tempi ragionevoli, il che, peraltro, è imposto dalla Carta costituzionale nel precetto di cui all'art. 111. Tale fattore deve essere considerato anche come un elemento che determina le decisioni di investimento e scandisce la vita delle imprese: la prevedibilità temporale della riposta ad un contenzioso o della decisione circa un'accusa penale permettono all'investitore di compiere scelte razionali; viceversa, se il fattore tempo è avvolto nell'incertezza, probabilmente l'imprenditore desisterà dall'operazione economica e dai propositi di sviluppo dell'impresa stessa.

Quindi, non è rilevante soltanto se un processo dura un certo numero di anni. È cruciale poter prevedere un inizio ed una conclusione e poter fare affidamento sul rispetto di un minimo di certezza e prevedibilità: questa è l'essenza della sfida. Si tratta di un valore solo apparentemente impalpabile ed astratto, se è vero che il presidente dell'associazione italiana dei costituzionalisti, Massimo Luciani, ha affermato che la certezza dei rapporti giuridici è alla base del concetto stesso di Costituzione, è un valore implicitamente contenuto nelle Carte fondamentali,

storicamente nate proprio come protezione garantita contro gli atti arbitrari e imprevedibili.

4. L'obiettivo, tuttavia, si rivela tanto più impegnativo se si considera che in Italia il passaggio dalla legalità tradizionale alla legalità costituzionale è stato lento e sofferto e non di rado si è risolto semplicemente nell'indebolimento della funzione della legge e dell'ordinamento nel suo complesso: il legislatore non riesce ad assicurare la prevedibilità delle conseguenze giuridiche di fronte a fatti immersi, ormai, in una complessità diversa e più articolata rispetto alla fase di dominio degli ordinamenti liberali sorti prima dell'avvento delle Costituzioni rigide e pluriclasse, ovvero da Weimar in poi.

E se gli ordinamenti statuali hanno difficoltà ad imbrigliare nella fattispecie astratta il divenire, non riuscendo a prevedere con la regolazione giuridica ciò che la stessa è chiamata a regolare per il futuro, il rapporto tra ordinamento, norma, giurisdizione e attività interpretativa è destinato a fondarsi su basi nuove.

È proprio questa la radice dell'immensa letteratura giuridica sulla crisi che, infatti, segna il suo sviluppo fondamentale dal celebre saggio di Santi Romano, dal titolo eloquente: lo Stato moderno e la sua crisi.

Vi si registrava, tra l'altro, la ridotta capacità della sola legge dei Parlamenti liberali di regolare in astratto i fatti della vita e si denunciava l'inadeguatezza del normativismo come schema logico esclusivo per fronteggiare la complessità di fenomeni sociali profondi e segno di repentino sviluppo.

Inevitabile che, a fronte di questo dato, si ampliasse la funzione della giurisdizione e ciò esattamente in corrispondenza di quel restringimento di campo per la legislazione classica, agli inizi; poi, in modo crescente e più che proporzionale, per effetto dello sviluppo in chiave multilivello della stessa attività normativa.

Al contempo ricade sulla magistratura, sulla giurisdizione, sulla giustizia, una responsabilità crescente. Non è, dunque, il protagonismo della magistratura o una qualche volontà invasiva a sviluppare i frangenti di supplenza; ma è la realtà che impone all'ordine giudiziario nuovi ed estesi settori di attività, quasi senza confini determinati.

5. Lo stesso rapporto tra la giustizia, la scienza e la tecnica subisce una costante evoluzione e momenti di autentica torsione. La relazione tradizionale tra la decisione giudiziaria e l'acquisizione delle cognizioni tecniche, attraverso consulenti ed ausiliari, è

radicalmente mutata. L'evoluzione della scienza e dei saperi tecnici è tale da rendere necessario annettere al processo decisionale cognizioni lontane dalla cultura giuridica.

Ciò accresce ulteriormente, anche sotto altro e diverso profilo, la responsabilità del giudice e la complessità dell'esercizio della funzione giurisdizionale: nell'intreccio tra le evoluzioni scientifiche, le innovazioni tecnologiche e la formazione della prova, il peso e la natura della decisione trasformano il ruolo del giudice.

All'interno di questa cornice si pone il tema delle cosiddette "conseguenze" delle decisioni; un concetto, anzi un problema, che non può semplicemente ridursi alla dicotomia per cui il giudice sarebbe chiamato a scegliere tra ciò che è giusto e ciò che è utile. Posto in tali termini, il tema è fuorviante per due ragioni: in primo luogo, perché si confonde con il concetto e con i riflessi dell'equità; in secondo luogo perché sarebbe impossibile comprendere cosa debba intendersi per utilità quale tremolante stella polare rispetto alla giustizia.

È il caso di ricordare, a tale proposito, le parole che il Presidente Mattarella pronunciò nel corso dell'inaugurazione dell'Anno Accademico dei corsi di formazione della Scuola Superiore della Magistratura del 2016, un'analisi che esprime in modo efficace il tema delle conseguenze derivanti dalle decisioni giudiziarie: «I provvedimenti adottati dalla magistratura incidono, oltre che sulle persone, sulla realtà sociale e spesso intervengono in situazioni complesse e a volte drammatiche, in cui la decisione giudiziaria è l'ultima opportunità, a volte dopo inadempienze o negligenze di altre autorità».

Appare chiaro il riferimento alla responsabilità del legislatore e dei governi nel fornire risposte ai lancinanti problemi del presente.

«Per questo l'intervento della magistratura non è mai privo di conseguenze. La valutazione delle conseguenze del proprio agire non può essere intesa in alcun modo come un freno o un limite all'azione giudiziaria rispetto alla complessità delle circostanze».

«È comunque, compito del magistrato scegliere in base alla propria capacità professionale, fra le varie opzioni consentite, quella che, con ragionevolezza, nella corretta applicazione della norma, comporta minori sacrifici per i valori, i diritti e gli interessi coinvolti».

Questo è il cuore pulsante del problema, la scelta tra più opzioni e l'utilizzo del criterio della ragionevolezza.

Aggiungeva il Presidente Mattarella che «La ragionevolezza non è soltanto un canone costituziona-

le che deve improntare l'azione del legislatore, ma è anche un parametro che deve guidare il giudice a operare il bilanciamento spesso richiesto dai diversi valori tutelati dalla Costituzione.

La nostra magistratura» e non posso che condividere queste affermazioni «in tante circostanze, ha dimostrato di avere tutti gli strumenti per garantire il riconoscimento dei diritti, senza condizionamenti. È un bene che sia sempre più consapevole della sua funzione insostituibile, ma anche della grande responsabilità che grava sulle sue scelte».

È arduo compendiare più efficacemente il problema che si staglia di fronte al giudice investito della decisione e finanche al requirente chiamato a provvedere con una misura preventiva reale.

Non credo che per la magistratura, per l'avvocatura e per le imprese sia difficile riconoscere che il confronto può oggi svolgersi su tale compiuta base di riflessione.

6. I terreni su cui si manifestano i frequenti conflitti tra effetti del giudizio penale e civile e interessi delle imprese sono molteplici.

Il problema delle misure cautelari reali rappresenta un tema rilevante, come lo è il bilanciamento tra i valori dell'ambiente e del mercato nonché la dialettica tra le imprese, i risparmiatori e i mercati finanziari; si pensi, ad esempio, alla questione che attiene alla gestione dei crediti deteriorati.

È riduttivo riferirsi alla capacità di rendere efficiente un settore del sistema giustizia che garantisce a sua volta l'efficienza di un ambito della vita come l'ambiente o la finanza; la crisi del nostro contesto finanziario rischia di minare la tenuta dell'intero sistema economico italiano, di vanificare gran parte degli sforzi compiuti in questi anni per il risanamento, il recupero di affidabilità e credibilità a livello europeo ed internazionale.

Nel sistema bancario la giustizia viene invocata, sia sul versante penale che su quello civile, con particolari riguardo all'ambito delle procedure concorsuali; ciò accade, evidentemente, per la percezione della possibilità di assicurare il recupero dei crediti.

Ma l'aspetto più rilevante sul quale si radica, direi quasi strutturalmente, il conflitto fra applicazione del diritto nel processo ed interessi economici è quello riconducibile al circolo vizioso che, da molti anni ormai, si è instaurato tra l'economia legale e quella illegale.

Ed è all'interno di tale strisciante conflitto tra le due sfere che si posizionano gli interventi della magistratura. Essi si diramano nelle più varie direzioni; l'interesse del Paese, oltre al recupero di certezza,

prevedibilità e tempestività è quello di restringere lo spazio occupato dall'economia illegale e sommersa ed ampliare, al contrario, l'area dell'economia sana, legale; quella per la quale le volontà imprenditoriali possono dispiegarsi in sicurezza, nel rispetto delle regole e per consentire il pieno sviluppo delle capacità di ciascuno di intraprendere iniziative economiche. Quindi, lotta alla corruzione, alla criminalità organizzata, alla grande evasione fiscale, agli spazi di economia sommersa che affligge i più deboli e i loro diritti fondamentali.

Anche su questi temi circolano, come noto, cifre e numeri; ha avuto una certa eco la stima del costo della corruzione in 60 miliardi di euro; si tratta spesso di valutazioni che non hanno alcuna valenza scientifica o base di riscontro.

L'ISTAT, tuttavia, ha quantificato di recente il peso dell'economia sommersa in circa il 13% del nostro PIL a fronte di percentuali di crescita dello stesso Prodotto interno lordo stimate tutte intorno a più o meno dell'1%.

Il 13% di economia illegale (alimentato dalle più diversificate attività criminali) impoverisce il bilancio pubblico, deteriora i rapporti sociali, inquinando i traffici economici, aumenta la forbice delle diseguaglianze.

È evidente che se l'intero sistema avesse la capacità di concorrere a ridurre gradualmente della metà (anche dell'1% all'anno) il monte di economia illegale (il 13% significa circa 220 miliardi di euro), considerando che l'attuale pressione fiscale si colloca intorno al 43 e 44%, 100 miliardi di emersione significherebbero 43-44 miliardi in più per il bilancio dello Stato. Va ricordato che tutte le manovre finanziarie che ruotano intorno all'asse della legge di stabilità si aggirano intorno ai 20-30 miliardi.

Queste cifre lasciano intendere come la lotta alla criminalità economica costituisca la necessità per risolvere alcuni dei problemi storici del nostro Paese, assicurare ai giovani un futuro migliore in termini di formazione ed opportunità di lavoro, la possibilità di consentire, con risorse aggiuntive, lo svolgimento di diversi servizi fondamentali.

Negli ultimi dieci anni si è assistito all'estenuante dibattito sulla riduzione della spesa pubblica che ha determinato ingenti problemi in ogni settore: sanità, istruzione, giustizia, trasporti, infrastrutture, prestazioni sociali, pensioni.

Per ciascuno di questi ambiti si sono effettuati tagli, manovre di riduzione dei costi e, conseguentemente, della qualità dei servizi e del livello dell'assistenza; la spesa per questi settori è sempre inferiore

alla media degli altri Paesi dell'Unione Europea e, nonostante ciò, si è costretti a ridurla ulteriormente, mentre avremmo bisogno di aumentarla.

Tale paradosso è determinato da due elementi: 1) debito pubblico e relativi oneri per interessi (benché l'onere per questi ultimi si sia drasticamente ridotto); 2) il peso dell'economia criminale e illegale. Ecco, quindi, che la lotta all'economia illegale si manifesta come una delle principali emergenze del Paese, una priorità per tutti, lo Stato e i cittadini, le imprese, le forze dell'ordine, la magistratura.

7. L'altro fronte che sta progressivamente mutando il rapporto tra giudice e imprese è quello del diritto della risoluzione delle crisi di impresa, un tempo, non a caso, qualificato come diritto fallimentare.

Probabilmente è proprio questo il settore nel quale più di altri si sono registrate evoluzioni positive sia sul fronte della legislazione, sia su quello della giurisprudenza.

Senza indugiare a lungo sul tema, vi è da sottolineare un mutamento paradigmatico della legislazione fallimentare e della funzione del giudice: le procedure concorsuali non sono più orientate a punire, ad espungere dal mercato, a sanzionare l'impresa; viceversa, i nuovi strumenti alternativi al fallimento sono finalizzati a tentare di salvaguardarne il valore, i livelli occupazionali che gli stessi soggetti imprenditoriali assicuravano in precedenza e, quindi, le buone ragioni dell'economia.

L'impulso del legislatore italiano, fino al più recente intervento normativo, è stato anche quello di adempiere a precise indicazioni provenienti dall'Unione, anche anticipandole almeno in certa misura; l'Italia si è infatti mossa prima che dispiegasse efficacia diretta la raccomandazione comunitaria del 2014.

Oggi, il giudice fallimentare, così come quello penale, non è più chiamato ad espellere dal mercato le imprese insolventi, così come avveniva con la legge del 1942; la magistratura, invece, è sovente chiamata a confrontarsi con la realtà imprenditoriale e con la possibilità di proseguire, salvaguardare e rilanciare l'attività degli attori del mercato.

La Corte di Cassazione è recentemente intervenuta sull'argomento distinguendo, a proposito del concordato in continuità – strumento principale per protrarre e proteggere la vita dell'impresa in crisi – tra fattibilità giuridica e fattibilità economica del piano concordatario; la Corte ha affermato che compito del giudice è di valutare la prima e non la seconda (fermo restando che il confine tra le due categorie non è sempre netto).

Ma è proprio tale dicotomia, nitida sotto il profilo giuridico, a porre notevoli interrogativi sul ruolo del giudice nella risoluzione delle crisi di impresa in funzione di risanamento e rilancio delle stesse.

Valga, a titolo esemplificativo, l'autorizzazione del giudice sulla cosiddetta finanza interinale, cioè nel frangente in cui l'impresa in concordato abbia bisogno di nuova liquidità.

Finalmente il legislatore ha introdotto una preziosa norma che prevede la prededuzione di quei crediti rispetto agli altri crediti pregressi. Al giudice si chiede di autorizzare a contrarre un nuovo debito con l'istituto bancario per poter supportare il piano di impresa che fonda l'ipotesi concordataria. In una simile evenienza, al giudice non è chiesto di compiere un'operazione valutativa semplice; così come, in caso di richiesta di autorizzazione a proseguire l'esecuzione di contratti ed a risolverne degli altri, il giudice è chiamato a valutare se quei contratti siano essenziali o meno per il protrarsi dell'attività dell'impresa. È di chiara evidenza come si tratti di una funzione dai contorni nuovi che impone al giudice formazione e specializzazione, ma anche volontà di misurarsi con altre discipline, con il mondo dell'economia e della finanza. La magistratura si accosta all'esercizio delle funzioni di autorità di regolazione e ne condivide, indirettamente, obiettivi di sistema di larga portata.

8. In definitiva, quando si parla della relazione tra il giudice e l'economia, non si deve cedere al riflesso di alludere ad un rapporto di subordinazione del magistrato alle ragioni dell'economia: l'idea della soggezione non corrisponde al dato costituzionale.

Un'ultima considerazione riguarda il Consiglio Superiore della Magistratura.

Il CSM è munito di poteri e persegue finalità previste dalla Costituzione, dalla legge istitutiva e dalle altre fonti, in primis quella regolamentare, che, nel tempo, ne hanno disciplinato l'attività e le prerogative.

L'esercizio delle funzioni consiliari deve evolvere tenendo conto della nuova realtà che ho tentato di delineare. Ciò non per subordinare la magistratura alle ragioni dell'economia e delle imprese, ma per esercitare con pienezza ed effettività le funzioni di un ordine diffuso soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Il Consiglio sta compiendo un lavoro straordinario; ha inaugurato una stagione nuova, non perché siano mutate la natura e le finalità dell'organo di governo autonomo, bensì perché le funzioni del giudice sono destinate ad adeguarsi ad un mutamento degli ordinamenti giuridici. Basta un cenno alla gestione

dei procedimenti scaturenti dai flussi migratori e al problema dei minori non accompagnati.

I dirigenti e gli uffici giudiziari tutti non possono organizzarsi prescindendo da questi cambiamenti e dai nuovi imponenti fenomeni sociali.

Questa è la principale ragione della riforma del Testo Unico sulla Dirigenza giudiziaria, dell'introduzione dei nuovi criteri di selezione dei candidati, dello straordinario lavoro sulle buone prassi organizzative attraverso il censimento di circa 1500 pratiche virtuose con successiva selezione di 700 tra queste, da suggerire come paradigma virtuoso.

Questa è la ragione per la quale si è cercato di superare la diffidenza registrata, in avvio di consiliatura, nel rapporto tra il CSM e la Scuola Superiore; ciò al fine di indirizzare i corsi formativi e promuovere le attività in un'ottica congiunta e coerente su temi di grande attualità.

Si intravede, in questo riferimento, l'approccio nuovo del Consiglio alle riforme (alcune approvate e altre ancora in itinere): quella del processo penale, quella organica sulla giustizia civile, quella sulle procedure concorsuali, la quale ultima prevede, a titolo non meramente simbolico, l'espunzione dal nostro ordinamento della parola "fallimento" come emblema di un mutamento culturale, oltre che normativo.

Il nuovo paradigma nell'interpretare le funzioni consiliari investe anche le regole di funzionamento dell'istituto consiliare. Parlo della cosiddetta autoriforma del CSM che si è concretizzata soprattutto nella riscrittura integrale del regolamento interno per conseguire efficienza e trasparenza nelle decisioni consiliari.

Trattasi di elementi che consentono di interpretare ed assicurare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura in una prospettiva oggi più che mai necessaria: passando attraverso il recupero di autorevolezza ed incisività della funzione magistratuale.

Una funzione giurisdizionale slegata dalla realtà, che non tenga conto delle aspettative che provengono dalla società, dall'economia, non può dirsi capace di assicurare i fondamentali principi dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici, dettati prima di tutto nell'interesse dei cittadini.

È dunque giusto e doveroso proseguire nella direzione del cambiamento.

Con queste considerazioni auguro buon anno accademico ai vostri studenti, a Voi docenti e a tutto l'Ateneo.

Vi ringrazio per l'attenzione.



## Diritto e procedura civile

IL PATTO MARCIANO: PROFILI STORICI E SISTEMATICI .....	12
di Lorenzo Riccio	
SULLA FRAZIONABILITÀ DEI CREDITI DERIVANTI DA RAPPORTO DI LAVORO. <i>Nota a Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090</i> .....	23
di Lucia Di Martino	
IN TEMA DI SEPARAZIONE ED ADULTERIO: L'ADDEBITO VA AL "PRIMO TRADITORE". <i>Nota a Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3318</i> .....	30
di Ylenia Zaira Alfano	
SULLA NECESSARIA APPLICAZIONE DELLE TABELLE PREDISPOSTE DAL TRIBUNALE DI MILANO PER LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE. <i>Nota a App. Roma, sez. III, 21 dicembre 2016, n. 7200</i> .....	33
di Pietro Sorrentino	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	39
di Mario de Bellis	
RASSEGNA DI MERITO .....	41
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	



## Il patto marciano: profili storici e sistematici

### abstract

*This study traces the evolution of doctrinal and jurisprudential thought about the agreement of forfeiture and its relationship with the so-called patto marciano.*

*After having analysed the position of other European countries and of United States, I focus on the recent changes of financial guarantee contracts and d.l. 59/2016. In conclusion, I try to explain on what you should pay attention when drafting the clause.*

### keywords

*Agreement of forfeiture – Patto marciano – d.l. n. 59/2016.*

### abstract

*Il presente studio ripercorre l'evoluzione del pensiero dottrinario e giurisprudenziale circa la validità del patto commissorio ex art. 2744 c.c. e il rapporto con la stipulazione marciana, pratica invalsa sin da tempo risalente.*

*Dopo un'analisi della posizione degli altri paesi europei e degli stati uniti, ci si sofferma sulle recenti novità legislative in tema di contratti di garanzia finanziaria e finanziamento delle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato. In conclusione, si propongono accortezze da osservare al momento della redazione della clausola.*

### parole chiave

*Patto commissorio – Patto marciano – d.l. n. 59/2016.*

### sommario

Premessa. – **1.** La *ratio* del patto commissorio: prime posizioni dottrinarie. – **2.** Le pronunce gemelle della Cassazione. – **3.** Le posizioni della dottrina a seguito delle pronunce gemelle. – **4.** Le posizioni della Giurisprudenza più recenti. – **5.** Uno sguardo internazionale e i recenti interventi legislativi in Italia. – **6.** Riflessioni conclusive e punti redazionali.

### Premessa

La crescente difficoltà di accesso al credito per l'impresa e per i privati; la costante discriminazione tra debitori forti e debitori deboli in ordine alle con-

dizioni del finanziamento; la progressiva diminuzione della concorrenza tra istituti di credito, a vantaggio di quelli economicamente più forti in grado di svolgere approfondite indagini sulla solvibilità del debitore, con conseguente riduzione del numero dei prestiti ed incremento dei relativi costi, sono la conseguenza di un sistema di garanzia reali complessivamente inadeguato<sup>1</sup>.

Non sorprende dunque che il ceto dei creditori e quello dei debitori siano costantemente impegnati in un comune sforzo, finalizzato ad escogitare nuovi strumenti di protezione del finanziamento che consentano di aggirare la rigidità del sistema delle garanzie reali tipiche, né che i giuristi, dall'altro nei campi pratici e più spiccatamente teorici, si affannino a circoscrivere questi sforzi nei limiti di quanto previsto dalla legge<sup>2</sup>. Strumento operativo e fondamento culturale di questa tradizionale diffidenza dei giuristi verso gli attori del mercato è rappresentato dal divieto di patto commissorio che ha conosciuto nell'ultimo secolo una significativa estensione ermeneutica.

A tal proposito il previgente codice civile del 1865 – in virtù di un'impostazione mutuata dal *code civil* francese – prevedeva siffatto divieto esclusivamente con riguardo al pegno (art. 1884 c.c.) e all'anticresi (art. 1894 c.c.). Di conseguenza il predetto divieto non riguardava il patto inerente a una garanzia immobiliare e si riferiva unicamente alla pattuizione commissoria *in continenti*.

L'art. 2744 c.c. dell'odierno codice civile sancisce la nullità testuale di qualunque patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore, precisando che il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno; in modo simile a come viene fatto in tema di anticresi dall'art. 1963 c.c. Il patto è nullo tanto se fatto *in continenti*, cioè contestualmente alla costituzione del credito, quanto se fatto *ex intervallo*, cioè posteriormente.

<sup>1</sup> BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1997, p.113 ss.

<sup>2</sup> DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I Contratti*, 8-9, 2015, p. 823 ss.

Il divieto del patto commissorio ha una tradizione millenaria che risale al diritto romano<sup>3</sup>: fu verosimilmente l'influsso dell'ideologia cristiana ad indurre l'imperatore Costantino a tutelare la classe dei debitori, reprimendo ogni operazione potenzialmente usuraria, ivi compresa naturalmente la *lex commissoria* sino ad allora lecita. D'altro canto, l'esigenza di rafforzare le pretese dei creditori attraverso la costituzione di adeguate garanzie reali era già particolarmente sentita in epoca romana; cosicché – una volta proibite le convenzioni commissorie – il giurista Elio Marciano ideò uno schema negoziale che continuasse ad assicurare la restituzione del finanziamento attraverso il trasferimento al creditore di beni appartenenti al debitore, ma al contempo, idoneo a salvaguardare quest'ultimo da abusi ed iniquità. Divenne perfettamente lecito stipulare il c.d. patto marciano, ovvero sia un accordo “con cui si conviene che, in caso di inadempimento di un debito, il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore, con l'obbligo, per il creditore, di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene stimato da un terzo, rispetto all'importo del debito inadempito”<sup>4</sup>.

Il patto marciano fu dunque congegnato come correttivo del divieto di patto commissorio<sup>5</sup>, come rimedio all'invalidità di quest'ultimo, onde consentire alla prassi negoziale di impiegare strumenti di garanzia reale del credito dotati di particolare efficacia.

Il legislatore italiano non riconosce un'autorizzazione generale ad avvalersi del patto marciano come schema di regolamentazione dei propri interessi. Pertanto, esso rappresenta un negozio innominato che soggiace ai limiti cui è sottoposta qualsiasi altra forma di autonomia privata nel nostro ordinamento come previsto dall'art. 1322 c.c.: il controllo in punto di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti e il giudizio di liceità dell'operazione.

Sotto il primo profilo, sembra pacifico che la sintesi degli effetti giuridici, voluti dalle parti di una convenzione marciana, realizzi una qualche utilità sociale<sup>6</sup>. Tale schema negoziale arreca vantaggi immediati proprio nei riguardi del soggetto che si vorrebbe tutelare quando si nega l'ammissibilità di garanzie reali atipiche, realizzando una forma di autotutela convenzionale esecutoria<sup>7</sup>.

La convenzione marciana evita, infatti, al debitore

<sup>3</sup> Secondo GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I, Firenze 1903, p. 419 ss. il divieto dei patti commissori sarebbe addirittura più risalente.

<sup>4</sup> EBNER, *Patto marciano*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 2007, p. 1 ss.

<sup>5</sup> App. Trento 18 febbraio 1975, in *Giur. mer.*, I, p. 424 ss.

<sup>6</sup> Va dato, però, conto dell'opinione contraria di SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, p. 104 ss., secondo cui l'alienazione in garanzia potrebbe talora non superare il controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. poiché in contrasto con il parametro dell'utilità sociale di cui all'art. 41, cpv. Cost.

<sup>7</sup> BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, 2000, p. 136 s.

le penalizzazioni materiali (oltreché morali) ineludibilmente correlate al processo esecutivo<sup>8</sup>. Si deve sottolineare come solitamente gravino sempre sull'esecutato le spese della procedura e che il ricavato della vendita forzata dei beni risulta spesso di gran lunga inferiore al prezzo di mercato degli stessi, nonché che il debitore (a differenza dei creditori) non può in nessun caso interferire sulla discrezionalità del giudice in merito all'accettazione delle offerte<sup>9</sup>.

Oltre alla meritevolezza dell'operazione occorre dimostrarne la liceità, ossia la conformità all'ordinamento giuridico e tale verifica costituisce il principale ostacolo sulla via della generale ammissibilità del patto marciano.

Si potrebbe osservare che l'art. 2744 c.c. nulla ha a che vedere con il patto marciano: la rubrica menziona espressamente il solo patto commissorio; pertanto il patto marciano non potrebbe che esser valido.

Occorre notare che la definizione di patto commissorio, quale risulta combinando la rubrica ed il testo dell'art. 2744 c.c.<sup>10</sup>, è piuttosto generica e potrebbe attagliarsi anche alla convenzione marciana poiché, la norma *de qua* non fa alcuna distinzione tra l'ipotesi in cui le parti abbiano programmato un'alienazione al creditore dell'oggetto in garanzia predisponendo *ex ante* un meccanismo di liquidazione successiva dell'eccedenza da restituire al debitore, ed il diverso caso in cui esse abbiano convenuto un trasferimento della *res* automatico ed indipendente dal suo valore<sup>11</sup>. L'art. 2744 c.c. si limita a sancire la nullità di qualunque accordo traslativo del bene dato in garanzia per il caso di inadempimento; e tale è anche l'essenza del patto marciano ascritto, dalla tesi più tradizionale ed accreditata, al *genus* delle alienazioni in funzione di garanzia<sup>12</sup>.

Insomma, il tenore letterale dell'art. 2744 c.c. non chiarisce se il codice civile abbia accolto (per vietarla) una nozione ristretta di patto commissorio identica a quella tramandata dalla tradizione o, invece, una concezione più ampia che comprende altresì il patto marciano. È evidente come mai il problema del patto marciano sia stato tradizionalmente impostato anzi-

<sup>8</sup> LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 72

<sup>9</sup> BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 221 ss.

<sup>10</sup> BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 111

<sup>11</sup> MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 30

<sup>12</sup> La stipulazione marciana è un'alienazione in funzione di garanzia secondo l'opinione prevalente: cfr. ex multis BIANCA, *Diritto civile. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 288; CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505; Altri ritengono che il patto marciano non abbia esso stesso funzione solutoria, sicché il patto marciano (al pari del patto commissorio) presupporrebbe l'esistenza di una situazione di garanzia, senza confondersi con questa CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 62 ss.; e ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 443 s.

tutto come problema di *ratio* del patto commissorio<sup>13</sup>.

### 1. La *ratio* del patto commissorio: prime posizioni dottrinarie

Secondo la ricostruzione tradizionale, l'art. 2744 c.c. bandirebbe qualsivoglia attribuzione al creditore della *res* data in garanzia, al fine di tutelare il debitore contro le possibili prevaricazioni della classe dei creditori. La debolezza economica di chi va in cerca di un finanziatore rende assai probabile che egli accetti di perdere, eventualmente e in futuro, la proprietà di un bene di grande valore pur di ottenere un prestito certo ed immediato di danaro<sup>14</sup>. Il legislatore farebbe dunque derivare una presunzione d'iniquità del trasferimento della cosa data in garanzia e, da questa scaturire la nullità della convenzione traslativa.

A questa stregua, la conseguenza giuridica prevista dall'art. 2744 c.c. non potrebbe essere contrastata in alcun modo: non vale ad evitare la nullità la circostanza che al momento dell'accordo il valore del bene non superasse quello del finanziamento, sicché il creditore non è ammesso a provare l'assenza dello squilibrio (né tantomeno il debitore è tenuto a dimostrarlo); e neppure servirebbe a sanare la nullità l'eventuale riequilibrio medio tempore intervenuto dello scambio inizialmente iniquo.

Ora, se nella configurazione legislativa la volontà del debitore è in ogni caso una volontà minorata; se, di conseguenza, la stipulazione tra creditore e debitore avente ad oggetto il trasferimento della cosa in garanzia è sempre squilibrata a vantaggio del primo e a danno del secondo; e se, pertanto, il patto tra loro intercorso è in ogni caso nullo, l'unica via per giungere ad un negozio valido sarebbe quella di sostituire all'accordo tra le parti la determinazione di un terzo imparziale<sup>15</sup>.

Rimettendo ad una fonte esterna il compito di fissare l'equilibrio contrattuale, la regolamentazione marciana rende del tutto irrilevante la coartazione eventualmente esercitata dal creditore nei riguardi del debitore, all'inizio e nel corso del rapporto, mettendo fuori gioco la presunzione legale sottesa all'art. 2744 c.c.; e sfugge dunque alla sanzione della nullità<sup>16</sup>.

A tale ricostruzione si è obiettato però che anzitutto la debolezza del debitore e la relativa lesione della sua sfera giuridica è soltanto potenziale, ben potendo questi essere in concreto molto più facoltoso, informato e avveduto del creditore. A ciò si aggiunge che la tutela di una parte nei confronti delle possibili prevaricazioni dell'altra è di norma attuata dal sistema civilistico at-

traverso meccanismi azionabili unicamente su istanza della parte lesa; si pensi alla rescissione per lesione del contratto concluso in stato di bisogno ai sensi dell'art. 1448 c.c. oppure alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. o la disciplina delle c.d. «clausole vessatorie» di cui agli art. 33 ss. d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo) imperniata sul sistema della c.d. nullità relativa per cui spetta solo alla parte contrattuale ritenuta più debole optare o meno per la caducazione dell'assetto d'interessi potenzialmente lesivo della propria sfera giuridica, a differenza di quanto previsto dall'art. 2744 c.c. in cui la nullità della pattuizione è indisponibile, assoluta e rilevabile d'ufficio dal giudice.<sup>17</sup>

Parte della dottrina<sup>18</sup>, per alcuni poi preferibile<sup>19</sup>, avrebbe riconosciuto nella norma l'interesse superindividuale nella tutela della *par condicio creditorum*.

Secondo la ricostruzione in parola, alla base del divieto vi sarebbe l'esigenza di salvaguardare l'interesse dei creditori, i quali verrebbero fortemente penalizzati da un accordo che vincoli a soddisfazione esclusiva di uno di loro una *res* appartenente al patrimonio del comune debitore, impedendo conseguentemente a tutti gli altri di aggredirlo. L'eguale diritto dei creditori di soddisfarsi sui beni del debitore sarebbe parimenti compromesso anche dalla convenzione marciana che programma il trasferimento di un bene dal patrimonio del debitore a quello del creditore. La determinazione dell'equilibrio dello scambio ad opera di un esperto sarebbe idonea ad elidere il pericolo di coartazione del debitore, ma non pone certo nel nulla la sottrazione di un cespite alla garanzia patrimoniale degli altri creditori<sup>20</sup>. Individuando nella *par condicio creditorum* la *ratio* del divieto di patto commissorio, anche il patto marciano dovrebbe essere – a rigore – nullo ex art. 2744 c.c.

La giustificazione della tutela della *par condicio creditorum* è stata criticata<sup>21</sup> poiché il patto commissorio non crea alcuna causa di prelazione *contra legem*: se s'innesta su una garanzia reale, e, se ciò non accade, è ancora discusso se esso crei una causa di prelazione atipica; inoltre la salvaguardia degli interessi dei creditori è affidata dall'ordinamento a strumenti diversi dalla nullità, su tutti l'azione revocatoria.

Altra visione<sup>22</sup> sostiene poi che alla base del pre-

<sup>13</sup> BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 204.

<sup>14</sup> OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, pp. 353 ss.

<sup>15</sup> DE MENECH, *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> Come spiega OBERTO, *op. loc. cit.*, la relazione al codice civile (n. 1127) argomenta l'estensione della nullità a patto commissorio ex intervallo dicendo che «è facile [...] che il debitore, versando in gravi angustie economiche, si assoggetti, per ottenere una dilazione, alla stipulazione del patto».

<sup>17</sup> RISPOLI, *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giustizia civile*, 2013, 11-12, pp. 697 ss.

<sup>18</sup> CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, pp. 888 ss.; CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, pp. 146 ss.; MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 c.c.*, in *Foro it.*, 1966, I, pp. 1120 ss.

<sup>19</sup> RISPOLI, *op. loc. cit.*

<sup>20</sup> REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 1444.

<sup>21</sup> CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 501 ss.

<sup>22</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova 1933, pp. 13 ss.;

detto divieto vi sarebbe l'incompatibilità fra la causa di vendita e quella di garanzia e, pertanto, l'inammissibilità di un negozio a effetti traslativi atipici. Per tale via si giungerebbe a ritenere nullo anche il patto marciano.

Ritenendo di dover cercare un interesse generale che riuscisse a spiegare la sanzione legislativa della nullità, taluni autori hanno creduto di poterlo rinvenire nel monopolio statale della funzione giurisdizionale. Segnatamente, qualcuno ha ritenuto che il legislatore avrebbe inteso colpire una forma di predeterminazione convenzionale di liquidazione del patrimonio del debitore, in modo tale da salvaguardare l'esclusività del processo esecutivo<sup>23</sup>. La tutela del monopolio statale della funzione esecutiva è stata criticata osservando che vi sono molteplici ipotesi espressamente previste dall'ordinamento, e dunque lecite, in cui ai privati è consentito predisporre meccanismi negoziali di auto-soddisfacimento del credito o di attuazione convenzionale della responsabilità del debitore<sup>24</sup>.

È inoltre opportuno menzionare la ricostruzione<sup>25</sup> che configura il patto commissorio alla stregua di una convenzione transattiva vietata in virtù di un asserito contrasto con un presunto principio tratto dall'art. 1384 c.c. in tema di clausola penale. In quest'ottica il patto commissorio costituirebbe una predeterminazione del danno da inadempimento esorbitante rispetto agli angusti confini entro cui l'ordinamento permetterebbe tale preconstituzione pattizia (efficacia meramente obbligatoria e possibilità per il debitore di chiedere giudizialmente la *reductio ad aequitatem*). Tuttavia – anche a voler tacere delle differenze funzionali fra clausola penale e patto commissorio – tale prospettiva sottolinea come l'illiceità del patto commissorio risiederebbe nella sua efficacia reale così ammettendo – diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza – la liceità del patto commissorio meramente obbligatorio<sup>26</sup>.

Ancora una volta, risulta evidente che se la *ratio* del divieto sancito dall'art. 2744 c.c. consistesse nell'ineludibilità di una funzione giurisdizionale – vuoi quella esecutiva, vuoi quella di accertamento dell'adeguatezza dello scambio – la nullità dovrebbe essere estesa

PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 298 ss.; BIANCA, *Patto di riscatto e alienazioni a causa di garanzia*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, BIANCA, *Patto di riscatto e alienazioni a causa di garanzia*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, pp. 681 ss.

<sup>23</sup> FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, pp. 252 ss.; BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1931, pp. 706 ss.

<sup>24</sup> BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, *passim*.

<sup>25</sup> TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 1770 ss.

<sup>26</sup> LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 225 ss.

anche alla convenzione marciana. Infatti – come si è detto – essa realizza una forma di autotutela convenzionale esecutoria, posto che autorizza il creditore a far proprio il bene del debitore in caso di inadempimento, a giusta stima non del giudice, ma di un esperto<sup>27</sup>.

Un'impostazione recentemente riproposta<sup>28</sup>, individua altresì il fondamento del divieto *de quo* nel generale perturbamento della disciplina dei rapporti obbligatori che deriverebbe da un'applicazione costante e tralatizia del patto commissorio. Secondo tale visione, infatti, il patto commissorio diventerebbe – ove fosse lecito – una mera clausola di stile che si sostanzierebbe in uno strumento generalizzato di abuso ai danni del debitore foriero di un marcato danno sociale. Siffatta impostazione parrebbe tuttavia posare sul poco condivisibile presupposto per cui il patto commissorio configurerebbe sempre e comunque un danno sociale, circostanza che sembrerebbe invece meramente potenziale<sup>29</sup>.

Se si fossero imposte sino a soppiantare la classica giustificazione del divieto di patto commissorio, queste *rationes* avrebbero potuto compromettere l'opinione tralatizia di validità del patto marciano, ma così non è stato: la giustificazione tradizionale dell'art. 2744 c.c., fondata sulla tutela del debitore e della proporzionalità dello scambio, si è rivelata particolarmente resistente.

## 2. Le pronunce gemelle della Cassazione

La frammentarietà del caleidoscopio di opinioni espresse sul punto è tale che un insigne giurista ha definito le conclusioni della dottrina in materia “se non sconfortanti, assai poco rassicuranti”<sup>30</sup>.

Uno scossone all'interpretazione fino a quel momento prospettata può rinvenirsi nelle pronunce gemelle, sul finire degli anni ottanta, della Cassazione a Sezioni Unite hanno affermato che deve ritenersi nullo – poiché in frode all'art. 2744 c.c. – qualsiasi negozio che realizzi il trasferimento della proprietà di un bene allo scopo di assicurare il soddisfacimento di un debito dell'alienante nei confronti dell'acquirente<sup>31</sup> portando

<sup>27</sup> BIANCA, *Autotutela*, in *Enciclopedia del Diritto Agg.*, IV, 2000, pp. 136 ss.

<sup>28</sup> BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 117 ss. e BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, pp. 217 ss.

<sup>29</sup> OBERTO, *op. loc. cit.*

<sup>30</sup> LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da SCHLESINGER, VII, Milano 1987, pp. 239 ss.

<sup>31</sup> Le due pronunce gemelle sono Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Corr. giur.*, 1989, pp. 522 ss., con nota di MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*; in *Foro it.*, 1989, I, pp.1427 ss., e di REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*; in *Giust. civ.*, 1989, I, pp. 1569 ss., con nota di CANESSA, *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*; in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, pp. 615 ss., con nota di CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, pp. 628 ss. con nota di CARBONE; in *Giur. it.*,

così a compimento un percorso di lenta, ma progressiva estensione dei confini del patto commissorio.

Decisamente risalente nel panorama giurisprudenziale è l'idea secondo cui il divieto del patto commissorio si estende – malgrado la lettera dell'art. 2744 c.c. – ad ogni accordo con cui si conviene che, in caso di inesecuzione della prestazione dovuta, la proprietà di una *res* del debitore passi al creditore, benché la cosa trasferita non sia stata preventivamente costituita in garanzia secondo una delle forme tipiche previste dalla legge: c.d. alienazione in garanzia sospensivamente condizionata<sup>32</sup>.

Per contro, i giudici hanno per molto tempo ritenuto valida la c.d. alienazione in garanzia risolutivamente condizionata, ovvero il trasferimento immediato al creditore di cosa libera appartenente al debitore, suscettibile di venire meno in caso di adempimento dell'obbligazione principale garantita. In particolare, la giurisprudenza reputava che l'intento delle parti di predisporre il rafforzamento di un credito lasciasse in questo caso inalterata la configurazione causale della vendita: quand'anche piegata a scopo di garanzia – si argomentava – la vendita rimane comunque un negozio di scambio; mentre la finalità di assicurare l'adempimento dell'obbligazione preesistente rappresenta, al più, un motivo dell'operazione.

Nell'opinione della Suprema Corte, questa colorazione causale sarebbe sufficiente a rivelare un intento elusivo del divieto sancito dall'art. 2744 c.c.; di talché l'alienazione di un diritto in garanzia dovrebbe sempre ritenersi nulla, senza che rilevi il momento immediato o differito della produzione dell'effetto traslativo.

In ambedue i casi – si legge nella motivazione delle Sezioni Unite – «si realizza [...] un onere per il debitore, identico a quello che la legge vuol evitare, allorché detta il divieto del patto commissorio, con la conseguenza che le due situazioni impongono allo stesso modo l'intervento della tutela legislativa in favore del debitore privato della libertà di contrattare». A seguito dell'identificazione senza residui tra alienazione in funzione di garanzia e patto commissorio autonomo, l'ambito del divieto sancito dall'art. 2744 c.c. ha raggiunto la sua massima estensione.

Tale *vis expansiva* ha rischiato di travolgere negozi che erano stati considerati fino a quel tempo meritevoli di tutela ed altresì leciti<sup>33</sup>. In particolare il *revirement*

delle Sezioni Unite ha messo in discussione la validità del patto marciano, di cui non si era prima di allora seriamente dubitato: se la funzione di rafforzamento del credito sottesa ad un negozio traslativo della proprietà comporta di per sé sola la violazione dell'art. 2744 c.c., dovrebbe, a rigore, ritenersi nulla anche la convenzione marciana che pure realizza un'alienazione in garanzia<sup>34</sup>.

La motivazione delle Sezioni Unite, sembra infatti porre l'accento sull'esigenza di salvaguardare il debitore – non già da uno scambio economicamente squilibrato, bensì – da un trasferimento illiberale in quanto programmato come effetto automatico dell'inadempimento. Se tale fosse la spiegazione dell'art. 2744 c.c., non vi sarebbe modo di ritagliare uno spazio di validità per il patto marciano: l'apprezzamento della *res* da parte di un esperto imparziale inciderebbe semmai sull'equilibrio dello scambio; ma non sulla certezza del trasferimento, posto che quest'ultima è indissolubilmente legata alla funzione di garanzia.

Tale ragionamento ha alimentato nel corso degli anni novanta la preoccupazione di un imminente *overruling* giurisprudenziale in merito all'ammissibilità delle convenzioni marciane.

### 3. Le posizioni della dottrina a seguito delle pronunce gemelle

Le pronunce delle Sezioni Unite hanno rappresentato un autentico spartiacque nella letteratura.

Una parte della dottrina ha tratto da quelle sentenze il coraggio per discostarsi dall'opinione tradizionale e negare la validità del patto marciano. Così, aderendo al *dictum* delle sezioni unite e traendone le logiche conseguenze, taluno ha – dapprima – confermato che l'art. 2744 c.c. intende evitare che il debitore consenta al creditore di incamerare il bene automaticamente al momento dell'inadempimento, sopravvalutando la propria capacità di restituire il finanziamento ricevuto; ed ha poi sostenuto che tale rischio non viene meno per il sol fatto che il creditore debba restituire il *surplus*; sicché una differenza di trattamento tra patto commissorio e patto marciano apparirebbe difficilmente sostenibile alla luce del principio costituzionale di ragionevolezza, argomentando ai sensi dell'art. 3 c.1 Cost.<sup>35</sup>.

Abbandonando qualsivoglia riferimento alla tutela del debitore, un altro autore<sup>36</sup> ha invece ricondotto il disvalore del patto commissorio all'esigenza obiettiva di salvaguardare la coerenza logica dell'ordinamento,

1990, I, 1, pp.104 ss.; e Cass., SS.UU., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, pp. 1821 ss., con nota di COSTANZA, *Sulla alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*; in *Foro it.*, 1990, I, pp. 205 ss., con nota di VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata con scopo di garanzia e al negozio fiduciario*.

<sup>32</sup> Cass. 24 giugno 1957, n. 2402, in *Giur. it.*, 1958, II, pp. 180 ss. e Cass. 1 febbraio 1974, n. 282, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, pp.1024 ss.

<sup>33</sup> All'indomani delle pronunce delle sezioni unite, di COSTANZA, *op. loc. cit.* e CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, pp. 628 ss. esprimevano il timore che il nuovo orientamento

finisse per penalizzare schemi negoziali elaborati dalla prassi commerciale e meritevoli di protezione.

<sup>34</sup> RAGAZZINI, *Vendita con patto di riscatto. Patto commissorio. Patto marciano*, in *Riv. not.*, 1991, I, pp.142 ss.

<sup>35</sup> MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 1422 ss.

<sup>36</sup> MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 30 ss.

che non contempla la funzione di garanzia tra i fondamenti causali idonei a sorreggere l'attribuzione di un bene in proprietà: l'atto dispositivo posto in essere a garanzia di un credito sarebbe dunque irragionevole; e ciò giustificerebbe l'illiceità della convenzione commissoria ed altresì del patto marciano, che al pari di quella rappresenta «una *species* del più ampio *genus* delle alienazioni in funzione di garanzia»; del resto – si è argomentato – la circostanza che nel secondo «sia garantita *ab origine* la corrispondenza dei valori del bene alienato e del credito garantito», non può «supplire alla rilevata insufficienza della causa di garanzia a fondare [...] l'attribuzione del bene in proprietà».

Per contro, altra parte della dottrina ha reagito alla motivazione eccessiva delle Sezioni Unite confermando l'idea tratteggiata della validità delle pattuizioni marciiane attraverso il ripristino ed il consolidamento dei confini tradizionali della proibizione del patto commissorio.

Taluni hanno tentato di arginare la diffusione capillare del divieto attraverso la riscoperta del tenore letterale dell'art. 2744 c.c. e, segnatamente, rivalorizzando la connessione che esso istituisce tra garanzie tipiche e trasferimento in garanzia.

Un autore<sup>37</sup> ha affermato che la giustificazione della proibizione del patto commissorio dev'esser ravvisata nell'esigenza «di non permettere al creditore di avere una tutela esuberante, aggiudicandosi sia gli effetti del pegno e dell'ipoteca (diritto di seguito e di prelazione), sia gli effetti del trasferimento (acquisto automatico della proprietà del bene, senza necessità di ricorrere all'intervento di organi pubblici come accade invece per la vendita di cosa oppignorata)» ed ha concluso che, «limitato così l'ambito di operatività dell'istituto, esso non andrebbe a influenzare più di tanto il più ampio filone delle alienazioni a scopo di garanzia».

Il collegamento istituito dalla legge tra alienazione e garanzie tipiche è stato rievocato anche da parte della dottrina<sup>38</sup>, che ha sostenuto che «pegno ed ipoteca [...] trovano la propria giustificazione causale proprio nel fine di assicurare su beni determinati il soddisfacimento coattivo del diritto di credito a cui favore essi vengono vincolati; ma se così è, quello stesso interesse che permette di vincolare medio tempore quei beni finisce poi per imporre in modo inderogabile l'osservanza dei meccanismi operativi attraverso i quali si dà concreta attuazione al fondamento causale [...] del negozio costitutivo della garanzia». Così ricostruita la *ratio* della proibizione di pattuizioni commissorie «non avrebbe per contro alcuna ragione di estendersi a trasferimenti [...] di cose libere, sia pure aventi – ma solo in senso non più strettamente tecnico – funzione di garanzia». Secondo queste ricostruzioni, l'art. 2744 c.c. non pre-

cluderebbe ogni alienazione in garanzia ma solamente quella annessa al pegno o all'ipoteca; e, di conseguenza, alle parti non sarebbe proibito stipulare un patto marciano, bensì solamente affiancare una siffatta convenzione alla garanzia tipica.

Più di recente si è affermato<sup>39</sup> che «il divieto del patto commissorio ha una sua configurazione strutturale ben definita, che si identifica con una garanzia ipotecaria, pignoratizia o anticretica, a cui si aggiunge un patto che prevede che il bene oggetto della garanzia, in caso di inadempimento del debitore, diverrà di proprietà del creditore» e, alla luce di ciò, ipotizza che «il divieto della produzione dell'effetto reale nei termini descritti [...] trova la sua ragion d'essere, in primo luogo, nel fatto che il creditore è già sufficientemente tutelato dall'esistenza della garanzia ed, in secondo luogo, nella circostanza che l'ordinamento a inteso ribadire che, in via di principio, ad esso spetta il monopolio della realizzazione coattiva dei diritti».

Un tentativo di fortificazione della tradizionale ricostruzione ermeneutica del divieto del patto commissorio è stato effettuato impiegando la normativa costituzionale. La proibizione sancita dall'art. 2744 c.c. è stata letta come espressione del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. e, dunque, come regola volta ad impedire «il compiersi di ingiuste prevaricazioni in danno del debitore», che «si trova, normalmente, in una situazione di ontologica debolezza rispetto a chi concede il credito»; poiché, peraltro, la solidarietà non ha nulla da dire in merito alla programmazione di un trasferimento automatico della proprietà a seguito dell'inadempimento – si è arguito – non è illegittima ogni alienazione di beni in garanzia, ma solo quella sproporzionata; ergo, la convenzione marciana deve ritenersi valida<sup>40</sup>.

Se – per un verso – appaiono ancora attuali i timori che agitavano la letteratura giuridica già all'indomani delle pronunce delle sezioni unite – per altro verso – vi è quanto meno motivo di dubitare della ragionevolezza di un presagio che si manifesta di tanto in tanto per oltre vent'anni, senza peraltro mai realizzarsi.<sup>41</sup>

#### 4. Le posizioni della Giurisprudenza più recenti

È facile notare che l'elemento della proporzionalità del trasferimento non è stato affatto accantonato e che, pertanto, non sono state realizzate le premesse per mettere in dubbio la validità della stipulazione marciana. L'enfaticizzazione giurisprudenziale del solo profilo funzionale dell'attribuzione *cavendi causa* ai fini dell'accertamento della violazione del divieto del patto commissorio si è risolta, per lo più, in una digressione puramente astratta, del tutto priva di ricadute operati-

<sup>37</sup> IACUANIELLO BRUGGI, *Patto Commissorio*, in *Enc. Giur.*, XXII, 1990, pp. 1 ss.

<sup>38</sup> GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, pp. 117 ss.

<sup>39</sup> SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazione con scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, I, pp. 30 ss.

<sup>40</sup> CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, pp. 150 ss.

<sup>41</sup> DE MENECH, *op. loc. cit.*

ve nella soluzione del caso concreto.

Sono state dichiarate nulle solamente alienazioni in garanzia connotate da un'effettiva sproporzione tra il valore della cosa e l'ammontare del credito<sup>42</sup>; e che, per converso, non è mai stato invalidato un trasferimento in garanzia intrinsecamente equilibrato.

A ben vedere, questo scenario rappresenta il portato di una precisa scelta giurisprudenziale. Nel ribadire che il trasferimento al creditore di un bene del debitore è nullo ex art. 2744 c.c. sol perché piegato al rafforzamento del credito, diverse sentenze successive alle pronunce delle sezioni unite hanno affermato che il parametro principale, ai fini dell'individuazione della causa di garanzia, consiste nell'esistenza di uno squilibrio tra valore del bene ed importo del credito<sup>43</sup>. A tale stregua, l'elemento della proporzionalità non solo è stato recuperato, ma ha finito per assumere un rilievo decisivo nell'accertamento della violazione del divieto. Il confronto tra ammontare del credito e valore della *res* ha assunto così un peso anche superiore a quello che seguiva alla lettura tradizionale della norma.

L'inserzione nella trama dell'art. 2744 c.c. di una presunzione assoluta di sproporzione dello scambio, infatti, conduceva a sostenere la liceità del solo patto marciano, posto che questo esclude tout court la rilevanza della coartazione, presupposto della presunzione legale; mentre restava del tutto irrilevante la compresenza o meno di un reale pregiudizio per il debitore, donde la nullità dell'attribuzione commissoria equilibrata (dall'inizio ovvero successivamente). Di contro, conferire un peso decisivo alla dimostrazione di uno squilibrio tra valore della cosa e del credito ai fini dell'accertamento dell'elusione dell'art. 2744 c.c. significa a rigore ammettere – non solo la liceità convenzione marciana – ma altresì la validità di ogni attribuzione di un bene al creditore per il caso di inadempimento, purché risulti equilibrata<sup>44</sup>.

In particolare, seguendo le orme della dottrina, la S.C. ha ritenuto opportuno rinsaldare la lettura tradizionale dell'art. 2744 c.c. attraverso l'argomento sistematico della liceità di fattispecie ad esso assimilabili, su tutte il pegno irregolare: dalla validità di queste figure tipiche di alienazione in garanzia – si legge in una recente pronuncia di legittimità – si può argomentare a contrario che il disvalore del patto commissorio dipende dalla sua attitudine a produrre effetti che l'ordinamento ripugna e che si risolvono non già in una garanzia, ma «in un eccesso di garanzia per il creditore

<sup>42</sup> Cass. 5 marzo 2010, n. 5426, in *Mass. Giust. Civ.*, 2010, 3, p. 329; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Contratti*, 2007, p. 522; Cass. 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Obbl. e contr.*, 2006, 6, p. 549.

<sup>43</sup> Come osserva ANELLI, *op. loc. cit.* le pronunce gemelle delle sezioni unite hanno lasciato irrisolto il problema “dell'individuazione dei criteri adottabili al fine di discernere, in concreto, se un determinato negozio sia o meno improntato ad una funzione giuridica di garanzia”.

<sup>44</sup> DE MENECH, *op. loc. cit.*

e di responsabilità patrimoniale per il debitore»<sup>45</sup>.

Dall'analisi della giurisprudenza recente emerge l'impressione di un *climax* diametralmente opposto a quello da cui sono scaturiti i timori dottrinali di una imminente ostracizzazione del patto marciano. Impressione, che trova puntuale conferma in due sentenze con cui i giudici della Cassazione hanno recentemente salvato alienazioni con funzione di garanzia proprio in quanto corredate da una regolamentazione marciana in grado di assicurare la congruenza tra il valore del bene l'entità del credito residuo<sup>46</sup>.

Alla luce delle più recenti pronunce di legittimità, resta dunque confermato che l'inserimento nel contratto di alienazione in garanzia di un patto marciano esclude l'illiceità della causa del trasferimento. L'effetto salvifico non dipende dal venir meno della finalità di rafforzamento del credito sottesa all'operazione negoziale, bensì dalla circostanza che la clausola marciana riporta la funzione di garanzia entro i limiti consentiti dalla legge; sicché, l'alienazione con intento di garanzia non viola più in ogni caso il divieto di patto commissorio.

A riprova di ciò, si considerino le fattispecie più frequentemente accostate al patto marciano, onde argomentarne la liceità: ovvero l'art. 1851 c.c. che, in tema di pegno irregolare, prevede che la proprietà delle somme di denaro, merci o titoli vincolati a garanzia di un finanziamento passi al creditore, salvo l'obbligo di quest'ultimo di restituire il *tantundem eiusdem generis*, in caso di adempimento, oppure l'eccedenza rispetto al credito, in caso di inadempimento, in base ad una stima da effettuarsi dopo la scadenza del termine; e l'art. 2803, cpv., c.c., che in materia di pegno di crediti, facoltizza il creditore a riscuotere e ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni, restituendo il residuo al datore del pegno. È vero che, in questi casi, il legislatore consente un'attribuzione a vantaggio del creditore a diretto soddisfacimento del suo diritto, ricondotta nei limiti segnati da una stima del bene successiva all'inadempimento, con il conseguente obbligo di versare al debitore la differenza tra il valore accertato e l'importo del debito; e dunque ammette espressamente una regolamentazione marciana del rapporto.

## 5. Uno sguardo internazionale e i recenti interventi legislativi in Italia

L'analisi della validità del patto marciano, può giovare delle prospettive europee e statunitensi in materia e dei recenti interventi legislativi italiani.

Assai eloquente è la vicenda francese che con la riforma delle *sûretés* (ord. 23.3.2006, n. 346), abrogata la comminatoria di nullità del patto commissorio (artt. 2078, 2088 *code civil*), ha ammesso il patto marciano, ad effetto del quale il creditore insoddisfatto diviene

<sup>45</sup> Cass. 9 maggio 2013, n. 10896, in *Vita notarile*, 2013, 2, p. 719.

<sup>46</sup> Cass. 28 gennaio 2015 n. 1625 e Cass. 18 marzo 2015 n. 5440, entrambe in *Foro it.*, 2015

proprietario del bene dato in garanzia, corrispondendo l'eccedenza di valore al debitore o, se ve ne sono, agli altri creditori pignorati e ipotecari (artt. 2348, 2459, 2460 *code civil*).

Diversamente in Germania, pur in presenza di due norme come i §§ 1149 e 1229 BGB dichiaranti la nullità dei patti con cui il creditore acquista in via definitiva l'oggetto della garanzia (per il caso dell'indebitamento del debitore), la giurisprudenza ha ricoperto un ruolo fondamentale nella identificazione degli strumenti più adatti a garantire la circolazione della ricchezza<sup>47</sup>.

Il sistema delle garanzie mobiliari è qui privo di qualsiasi forma pubblicitaria, tanto da far affermare ad alcuni che «il diritto tedesco è stato indotto a convivere con la natura occulta delle garanzie costituite secondo la fonte consuetudinaria»<sup>48</sup>. Quanto al patto commissorio, pur se sussistono norme che almeno apparentemente ne impediscono l'impiego, generalmente si ammette e si spinge verso il ricorso alla figura dell'alienazione a scopo di garanzia, per cui può affermarsi che nel sistema tuttora vigente di stampo fondamentalmente consuetudinario e giurisprudenziale, è possibile riscontrare profonde diversità rispetto al modello italiano.

Degno di nota è anche il modello di garanzia mobiliare studiato negli Stati Uniti, il quale, pur innestandosi in un contesto di *common law* e si caratterizza per una forte presenza di meccanismi pubblicitari che rendono conoscibile a chiunque la presenza di vincoli e diritti altrui sui beni.

Si evidenzia dunque un'inversione di tendenza per cui il sistema tedesco, tradizionalmente caratterizzato dall'istituto della pubblicità, si distingue al contrario per un certo occultismo in materia di vincoli mobiliari e il sistema quello statunitense è molto più controllato. Entrambi gli ordinamenti, convergono però nella direzione liberista, che consente l'appropriazione del bene da parte del creditore senza che siano necessarie la formazione di un titolo esecutivo e l'attivazione di una procedura di tipo giurisdizionale<sup>49</sup>.

Questo può evidenziare come una volta riconosciuta dignità di figura autonoma al patto marciano, secondo i presupposti e i caratteri che si è provato a delineare, la previsione normativa francese si limita, in realtà, a dare ingresso nell'ordinamento ad un istituto tanto antico quanto estremamente attuale ed utile, che non era giusto relegare ancora nell'angolo del diritto non scritto.

D'altronde, la progettata codificazione europea

<sup>47</sup> SERICK, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Milano, 1990, *passim*.

<sup>48</sup> CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, p. 254.

<sup>49</sup> BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contratto e Impresa*, 2016, 3, pp. 797 ss.

sembra aver individuato nella legittimazione del patto marciano la chiave di volta di una strategia di mediazione tra gli ordinamenti che ignorano il divieto del patto commissorio e gli ordinamenti che ne perpetuano la tradizione. Il *Draft of a Common Frame of Reference*, in particolare, ribadisce l'invalidità dell'accordo commissorio («*predefault agreement on appropriation of encumbered assets*»), ma eccettua le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima, ipotesi nelle quali il creditore insoddisfatto ha titolo all'appropriazione dell'*asset* per il valore di mercato o di stima, con obbligo di restituzione dell'eccedenza<sup>50</sup>.

Il dibattito in Italia non può non tenere conto delle susseguenti innovazioni legislative.

Uno di questi si ritrova nella legge di recepimento n. 170 del 2004 della direttiva 2002/47/CE dettata in tema di *Financial Collateral Arrangements* volta a regolare e prevenire il c.d. «rischio sistemico», ossia il pericolo che l'insolvenza di un operatore finanziario attivo su un mercato transnazionale possa comportare conseguenze pregiudizievoli anche per l'intero mercato o, comunque, per gli altri operatori che con esso sono entrati in contatto.

Ulteriore incremento di rischio sistemico derivava anche dal c.d. *recharacterisation risk*, ossia dal pericolo che l'operazione negoziale conclusa, definibile appunto in termini di alienazione in funzione di garanzia, fosse riqualficata all'interno del singolo Stato come costitutiva di una garanzia reale tipica, con tutte le conseguenze negative del caso, in termini di invalidità o inefficacia, nell'ipotesi di mancato rispetto dei formalismi previsti nei vari ordinamenti quanto a costituzione e opponibilità della garanzia tipica.

Con la Direttiva si è fondamentalmente dato ingresso nell'ordinamento nazionale alla figura del trasferimento della proprietà in funzione di garanzia nell'ambito delle contrattazioni finanziarie, il che può essere riconosciuto come un primo passo verso l'entrata nel nostro ordinamento del patto marciano.

Il legislatore delegato italiano ha recepito la disposizione comunitaria attraverso l'art. 6, comma 2, del Decreto, rubricato «Cessione del credito o trasferimento della proprietà con funzione di garanzia», secondo il quale «I contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, hanno effetto in conformità ai termini in essi stabiliti, indipendentemente dalla loro qualificazione.

Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il

<sup>50</sup> Peraltro, il DFCR esclude dall'area della proibizione l'ipotesi in cui le parti abbiano concordato il trasferimento al creditore del bene in garanzia sulla base di un procedimento di stima con l'obbligo di restituzione al debitore del valore eccedente l'importo del credito.

trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile».

Quest'ultimo inciso è stato apprezzato con notevole soddisfazione dalla dottrina<sup>51</sup> che vedeva nel divieto un ostacolo al definitivo ingresso dell'Italia in un mercato di finanza globalizzata.

Deve evidenziarsi però come la disciplina dettata in materia di escussione del pegno avente ad oggetto strumenti finanziari circonda la realizzazione del credito con una serie di cautele per il debitore. Il creditore, qualunque sia la modalità di escussione utilizzata (vendita, appropriazione o utilizzo del contante) è comunque obbligato a restituire le eccedenze eventualmente maturate ed è tenuto a sottoporre il realizzo e la valutazione monetaria delle obbligazioni garantite ad un esame sulla base del criterio di «ragionevolezza commerciale», identificabile in una clausola generale simile, almeno in parte, alla buona fede oggettiva.

Quest'ultima poi in fase di esecuzione del contratto, può essere fatta valere in giudizio ai fini del ricalcolo di quanto dovuto dal debitore (*collateral provider*).

Si reputa quindi opportuno ridurre gli entusiasmi con cui parte della<sup>52</sup> dottrina, ha ritenuto che, sulla base di una lettura dell'art. 6, l'introduzione della figura dell'alienazione in garanzia e la deroga al divieto del patto commissorio rappresentino la presa di coscienza del superamento di quest'ultimo, non solo nell'ambito del diritto finanziario, ma anche in quello più ampio delle garanzie mobiliari in generale. La Direttiva, e il Decreto costituirebbero una denuncia dell'irragionevolezza di previsioni che si oppongono all'ammissibilità del patto commissorio, dando un segnale forte di cesura e svolta rispetto al passato.

Tuttavia, altra parte della dottrina<sup>53</sup> ha evidenziato come la previsione della necessità di restituzione al debitore del *surplus* maturato e di un criterio di valutazione come la ragionevolezza commerciale azionabile anche in via giudiziale, depongono a favore dell'idea che il legislatore abbia voluto in verità, più che abrogare il divieto del patto commissorio, dare ingresso nell'ordinamento al patto marciano, ormai prepotentemente invalso nella prassi commerciale e meritevole di idonea consacrazione positiva.

Nel solco tracciato dall'esaminata normativa in materia di garanzie finanziarie di cui al d.lgs. n. 170 del 2004 si pone il recente d.l. n. 59 del 2016 recante «Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione» (c.d. «Decreto Banche»), i cui artt. 1 e 2 si occupano rispettivamente di «pegno mobiliare non possessorio» e «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile

sospensivamente condizionato» e che ha introdotto il nuovo art. 48-*bis* nel T.U.B. di cui al d.lgs. 1.9.1993 n. 385. Il fine è quello di favorire l'accesso delle imprese al credito e assicurare efficacia e rapidità alle procedure di recupero, prevedendo la validità delle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, per crediti erogati nell'ambito di attività imprenditoriali, «purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento».

Il decreto, che risponde alla ratio di favorire l'accesso al credito da parte degli operatori economici professionali, accoglie, anche se nel ristretto ambito dei prestiti in ambiente commerciale ossia dei prestiti in cui il soggetto finanziato sia un imprenditore iscritto al registro delle imprese – pertanto al di fuori di una logica generalista – alcune soluzioni tipiche della normativa di matrice comunitaria.

Con particolare riferimento al patto marciano sui beni mobili ed immobili, la normativa è sostanzialmente coerente con le osservazioni maturate in punto di fondamento, funzione e limiti del divieto di patto commissorio. In altre parole, la sensazione è che, fermo l'innegabile slancio innovativo dell'intervento in parola, l'effetto di quest'ultimo sia meno dirompente di quanto possa apparire *prima facie*.

Vi è sicuramente una positivizzazione di un istituto che la giurisprudenza aveva da tempo ammesso, il patto marciano, mantenendo i “paletti” necessari al fine di salvaguardare l'istituto dal vigente divieto di cui all'art. 2744 c.c.

La presenza della pattuizione marciiana, in sostanza, legittimerebbe i contratti di finanziamento stipulati tra operatori professionali, garantiti da trasferimenti d'immobili o di altri diritti immobiliari dell'imprenditore o di un terzo, a favore del creditore, sospensivamente condizionati all'inadempimento del debitore, salvo gli immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario o della sua famiglia (comma 3).

La nuova disciplina prevede, peraltro, la possibilità di introdurre la garanzia in contratti di finanziamento già in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto. Il legislatore si preoccupa poi di individuare al comma 5 i casi in cui l'inadempimento si configurerebbe qualora il mancato pagamento si protragga:

- per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nell'ipotesi di un obbligo di rimborso a rate mensili;
  - per oltre sei mesi dalla scadenza anche di una sola rata nel caso in cui il debitore sia tenuto al rimborso rateale con termini di scadenza delle rate superiori al periodo mensile;
  - per oltre sei mesi dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento nell'ipotesi in cui non sia previsto un pagamento rateale
- Ai sensi del c. 8° dell'art. 48-*bis*, al verificarsi dei pre-

<sup>51</sup> BRIANDA, *op. loc. cit.*

<sup>52</sup> CANDIAN, *op. loc. cit.*

<sup>53</sup> MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorantizia*, Milano, 2010, pp. 31 ss.

supposti dell'inadempimento, la condizione sospensiva si considera avverata «al momento della comunicazione al creditore del valore di stima» dell'immobile oggetto del trasferimento in garanzia, effettuata da un perito nominato dal presidente del tribunale del luogo in cui è situato l'immobile, o al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore dell'ecedenza qualora il valore del cespite sia superiore all'ammontare del debito inadempito.

Il provvedimento segna un sostanziale ridimensionamento della portata della disposizione commissoria come d'altronde, anche a livello europeo si assiste ad una progressiva e rapida erosione del divieto, attraverso la previsione di legittimità della clausola marciiana.

Inoltre, al debitore è dovuta l'eventuale differenza e gli è concesso di ricorrere qualora il creditore procedente abbia violato le regole di comportamento imposte dal decreto.

In relazione a tale ultimo profilo emerge un primo dato di criticità del d.l. n. 59 del 2016 il quale, prevede modalità, limiti e termini di opposizione di 3 mesi, per alcuni<sup>54</sup> eccessivamente restrittivi in danno del debitore escusso (sebbene coerenti con le descritte normative di provenienza comunitaria) e riferiti ai sensi dell'art. 1 c. 9 solo ad alcune ipotesi.

Si possono rinvenire ulteriori aspetti di criticità emergenti da una prima lettura del decreto attengono: al concreto rischio che gli strumenti predisposti vengano strumentalizzati da soggetti finanziatori forti; alla possibile lesione dei normali principi in materia di grado dell'ipoteca e tempestività dell'iscrizione nell'ipotesi di cui all'art. 2, c. 4; alla mancanza di un più penetrante (anche se plausibilmente lento) controllo sulle stime dei beni mobili da parte del Tribunale; al rapporto con la disciplina dei privilegi.

In definitiva, sebbene il d.l. n. 59 del 2016 non costituisca un intervento di tipo sistematico e si caratterizzi per importanti problematiche di tipo applicativo che solo la sua concreta attuazione potrà definire nella loro reale portata, sembra che lo stesso possa essere un passo importante nella più profonda e ponderata riconsiderazione del sistema delle garanzie.

## 6. Riflessioni conclusive e punti redazionali

L'analisi della giurisprudenza mostra chiaramente che l'area turbolenta presidiata dal divieto del patto commissorio non ha mai inglobato la zona grigia occupata dalle pattuizioni marciiane. La *vis expansiva* della proibizione sancita dall'art. 2744 c.c. si è infatti, sempre arrestata dinanzi ad alienazioni in garanzia equilibrate.

La persistente vitalità della tradizionale interpretazione del divieto delle convenzioni commissorie in chiave di tutela del contraente debole e della proporzionalità dello scambio, stigmatizzata come retaggio

storico, è stata sempre portata avanti dalla giurisprudenza quale strumento di salvaguardia di garanzie reali atipiche, escogitate dalla prassi negoziale e ritenute meritevoli di protezione.

Peraltro, l'apparente precarietà del fondamento classico del patto commissorio ha indotto i giudici a fortificarlo attraverso l'argomento sistematico delle ipotesi nominate di regolamentazione marciiana; ipotesi speciali, da cui non è dato desumere una regola generale di validità del patto marciiano, ma tendono a divenire sempre più numerose nel contesto normativo nazionale e comunitario.

Tale proliferazione ha contribuito senz'altro ad avvalorare l'idea giurisprudenziale, secondo cui i confini del divieto del patto commissorio debbono essere tracciati a contrario dalla liceità di tali figure, sì da lasciarne certamente fuori le convenzioni marciiane.

Accortezze vanno però poste nel momento della redazione della clausola che non può non tenere conto delle statuizioni della giurisprudenza e delle conferme legislative. Lo schema redazionale sembra essere opportuno anche in conseguenza della modifica legislativa apportata dal d.l. 59/2016 poiché permette di applicare in un ambito più generale quello che il formante legislativo prevede solo in relazione a determinati soggetti.

Una recente pronuncia di legittimità<sup>55</sup> precisa che la convenzione marciiana dev'essere strutturata in modo tale che la determinazione del valore della *res* data in garanzia al termine del rapporto sia presupposto del consolidarsi dell'effetto traslativo già avvenuto in seguito all'avveramento della condizione sospensiva dell'inadempimento, o al mancato avveramento della condizione risolutiva di adempimento; sicché il trasferimento della titolarità del bene divenga definitivo al momento dell'accertamento della coincidenza tra valore del bene e importo del credito inadempito o, in caso contrario, al tempo della corresponsione della differenza.

Per contro, nell'ammettere la liceità dell'alienazione in funzione di garanzia soltanto se integrata da una clausola marciiana, la giurisprudenza da un lato, postula che la temporaneità dell'effetto traslativo derivi dall'esistenza di una condizione d'inadempimento espressamente inserita dalle parti nel contratto, e dall'altro, raccomanda ai contraenti di aggiungere una successiva condizione che faccia dipendere il consolidarsi dell'effetto traslativo dal pagamento della differenza tra valore del bene ed importo del credito residuo. Nella configurazione giurisprudenziale delle alienazioni in garanzia, la limitazione degli effetti delle fattispecie traslative previste dall'ordinamento non discende, dunque, dall'intento di rafforzamento del credito, ma è realizzata dalle parti attraverso il gioco delle condizioni: unendo la condizione di restituzio-

<sup>54</sup> BRIANDA, *op. loc. cit.*

<sup>55</sup> Cass., 28 gennaio 2015 n. 1625, in *Foro it.*, 2015

ne di tale *surplus* alla condizione d'inadempimento dell'obbligazione principale, debitore e creditore realizzano "un adattamento funzionale dello scopo di garanzia" e lo rendono compatibile "con la struttura e con la ratio del contratto di compravendita"<sup>56</sup>. Non ammettendo che l'alienazione in garanzia sia retta da una causa autonoma di rafforzamento del credito, l'opinione giurisprudenziale dominante sembrerebbe, infatti, correlativamente negare la possibile esistenza di un meccanismo marciano implicito.

Il patto marciano sembra potersi dunque configurare come valvola di sicurezza all'inadeguatezza di un sistema legale di garanzie reali, stretto nella morsa dell'esistenza della norma che proibisce il patto commissorio. D'altro canto, non può esser taciuto che lo stesso ruolo della preclusione sancita dall'art. 2744 c.c. è stato recentemente ridimensionato dalle Sezioni Unite, le quali hanno affermato che il divieto di patruzioni commissorie non fa parte dell'ordine pubblico e, dunque, non rientra tra i principi fondamentali dell'ordinamento<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Rep. Foro it.*, 2005

<sup>57</sup> Cass. sez. un. 5 luglio 2011 n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, p. 672, con nota di MARTINO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*.

Lucia Di Martino  
Dottoressa in Giurisprudenza

## Sulla frazionabilità dei crediti derivanti da rapporto di lavoro.

*Nota a Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090*

### abstract

*After the termination of an employment contract, the Supreme Court gives to the employee the chance to act against the employer with several trials, each one in order to satisfy a different claim arising from the contract without violating the prohibition of the process abuse.*

### keywords

*Parceling of credit – Process abuse – Employment contract.*

### abstract

*La Corte di Cassazione riconosce al creditore di un cessato rapporto di lavoro la possibilità di azionare, di fatto frazionandoli, i crediti da esso derivanti con distinti e successivi processi senza che debba ritenersi per ciò solo violato il divieto di abuso del processo.*

### parole chiave

*Frazionabilità del credito – Abuso del processo – Contratto di lavoro.*

### Tutela processuale frazionata – Interesse oggettivamente tutelabile – Mancanza – Abuso del processo

*Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque “fondati” sul medesimo fatto costitutivo - sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale -, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo*

*dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell’art. 183 c.p.c., e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell’art. 101 c.p.c., comma 2.*

Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090

Pres. G. Canzio, Rel. A. Di Iasillo

*(Omissis)*

### Svolgimento del processo

F. s.p.a. ricorre con un unico motivo nei confronti dell’ex dipendente A.G.S. per la cassazione della sentenza con la quale la Corte d’appello di Torino ha accolto la domanda del predetto intesa al ricalcolo del premio fedeltà con inclusione dello straordinario prestato a titolo continuativo, in difformità dalla sentenza di primo grado che aveva invece dichiarato improponibile la domanda siccome successiva ad altra anch’essa proposta dopo la cessazione del rapporto di lavoro ed intesa ad ottenere la rideterminazione del TFR tenendo conto di alcune voci retributive percepite in via continuativa. A.G.S. ha resistito con controricorso. F. S.p.a. ha depositato memoria ai sensi dell’art. 378 c.p.c.

### Motivi della decisione

1. Con un unico motivo, deducendo violazione e falsa applicazione dell’art. 2909 c.c., e art. 111 Cost., la società ricorrente – premesso che la domanda azionata in questo processo è stata preceduta da altra domanda, anch’essa proposta dal lavoratore nei confronti della società datrice di lavoro dopo la cessazione del rapporto, intesa ad ottenere la rideterminazione del TFR tenendo conto di alcune voci retributive percepite in via continuativa; che successivamente l’A. ha proposto il presente giudizio volto al ricalcolo del premio fedeltà senza motivare in alcun modo la scelta di “parcellizzare” i giudizi; che entrambe le domande scaturiscono da un unico rapporto obbligatorio intercorrente tra la società e l’A. ed avente ad oggetto il contratto di lavoro; che il lavoratore al momento dell’attivazione della prima vertenza era nelle condizioni di fatto e di diritto

per far valere entrambe le pretese e non aveva addotto alcuna ragione a sostegno della scelta di promuovere giudizi separati – ha sostenuto che la domanda proposta nel presente giudizio viola il divieto di abuso del processo per indebito frazionamento quale affermato dalle Sezioni unite nella sentenza n. 23726 del 2007.

Con ordinanza interlocutoria n. 1251 del 2016 il collegio della sezione lavoro di questa Corte ha dato atto che, con le decisioni numeri 11256 e 27064 del 2013, altri collegi hanno sostenuto che il principio affermato dalle sezioni unite con la sentenza n. 23726 del 2007 secondo la quale è vietato l'indebito frazionamento di pretese dovute in forza di un "unico rapporto obbligatorio" – è applicabile (anche) nelle ipotesi in cui siano avanzate diverse pretese creditorie derivanti da un medesimo rapporto di lavoro, fonte unitaria di obblighi e doveri per le parti e produttivo di crediti collegabili unitariamente alla loro genesi – la volontà delle parti di stipulare un contratto di natura subordinata ex art. 2094 c.c. –: collegamento, questo, ancora più stringente nel caso di controversie promosse entrambe a rapporto concluso, quando il complesso di obbligazioni derivanti dal contratto è ormai noto e consolidato.

Non condividendo l'equiparazione del fascio di rapporti obbligatori retributivi e risarcitori - derivanti dal rapporto di lavoro al "rapporto unico" considerato dalla citata sentenza delle Sezioni unite, nè la sussistenza dei presupposti per imporre al creditore di agire in un unico contesto in relazione a crediti diversi connessi solo in virtù di una complessiva relazione negoziale o legale, e dubitando a fortiori che dalla proposizione in differenti giudizi di una pluralità di domande concernenti diversi crediti, pur riferibili ad un medesimo rapporto di lavoro ormai cessato, possa farsi derivare l'improponibilità delle domande successive alla prima, il predetto collegio ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite.

2. Risulta sottoposta allo scrutinio delle Sezioni unite la questione "se, una volta cessato il rapporto di lavoro, il lavoratore debba avanzare in un unico contesto giudiziale tutte le pretese creditorie che sono maturate nel corso del suddetto rapporto o che trovano titolo nella cessazione del medesimo e se il frazionamento di esse in giudizi diversi costituisca abuso sanzionabile con l'improponibilità della domanda".

Con la sentenza n. 23726 del 2007 le Sezioni unite sono intervenute sulla questione e, mutando il precedente orientamento (sent. n. 108 del 2000), hanno affermato che non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di "un unico rapporto obbligatorio", frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo. Tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale aggravamento della posizione

del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede sia con il principio costituzionale del giusto processo, in quanto la parcellizzazione della domanda diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si traduce in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale.

Più recentemente le Sezioni unite, con la sentenza n. 26961 del 2009 (pronunciata in tema di giurisdizione), riferendosi alle obbligazioni pecuniarie nascenti da un unico rapporto di lavoro, hanno ribadito quanto affermato dalla sentenza n. 23726 del 2007, sostenendo che costituisce principio generale la regola secondo la quale "la singola obbligazione" va adempiuta nella sua interezza ed in un'unica soluzione, dovendosi escludere che la stessa possa, anche nell'eventuale fase giudiziaria, essere frazionata dal debitore o dal creditore.

Come emerge con chiarezza dalla lettura delle sentenze suddette, quando le sezioni unite hanno discusso di (in) frazionabilità del credito si sono riferite sempre ad un singolo credito, non ad una pluralità di crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso. Pertanto solo una interpretazione dell'espressione "unico rapporto obbligatorio", avulsa dal contesto nel quale essa è inserita, può indurre a ritenere che nella sentenza n. 23726 del 2007 il principio di infrazionabilità sia stato espressamente affermato non (soltanto) in relazione ad un singolo credito, bensì (anche) in relazione ad una pluralità di crediti riferibili ad un unico rapporto di durata.

Risulta inoltre evidente che l'infrazionabilità del singolo diritto di credito (decisamente condivisibile, nella considerazione che la parte può disporre della situazione sostanziale ma non dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quale si lamenta la lesione, in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento) non comporta inevitabilmente (tanto meno implicitamente) la necessità di agire nel medesimo, unico processo per diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti.

I rilievi che precedono non esimono tuttavia le Sezioni unite dal dare risposta al quesito sopra prospettato (se il lavoratore, una volta cessato il rapporto di lavoro, debba avanzare in un unico processo tutte le pretese creditorie maturate nel corso del medesimo rapporto – quindi, più in generale, se debbano essere richiesti nello stesso processo tutti i crediti concernenti un unico rapporto di durata – e se la proposizione delle domande relative in giudizi diversi comporti l'improponibilità di quelle successive alla prima).

Tale risposta non può che essere negativa con riguardo ad entrambi i profili considerati.

3. La tesi secondo la quale più crediti distinti, ma relativi ad un medesimo rapporto di durata, debbono essere necessariamente azionati tutti nello stesso pro-

cesso non trova, infatti, conferma nella disciplina processuale, risultando piuttosto questa costruita intorno a una prospettiva affatto diversa.

Il sistema processuale risulta, invero, strutturato su di una ipotesi di proponibilità in tempi e processi diversi di domande intese al recupero di singoli crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso esistente tra le parti, come autorizza a ritenere la disciplina di cui agli artt. 31, 40 e 104 c.p.c., in tema di domande accessorie, connessione, proponibilità nel medesimo processo di più domande nei confronti della stessa parte. Ulteriori argomenti in tal senso possono trarsi dalla contemplata possibilità di condanna generica ovvero dalla prevista necessità, ex art. 34 c.p.c., di esplicita domanda di parte perché l'accertamento su questione pregiudiziale abbia efficacia di giudicato. D'altro canto, l'elaborazione giurisprudenziale e dottrina in tema di estensione oggettiva del giudicato – in relazione alla preclusione per le questioni rilevabili o deducibili – perderebbe gran parte di significato se dovesse ritenersi improponibile qualunque azione per il recupero di un credito solo perché preceduta da altra, intesa al recupero di credito diverso e tuttavia riconducibile ad uno stesso rapporto di durata tra le medesime parti, a prescindere dal passaggio in giudicato della decisione sul primo credito o comunque dalla inscrivibilità della diversa pretesa creditoria successivamente azionata nel medesimo ambito oggettivo di un giudicato in fieri tra le stesse parti relativo al medesimo rapporto di durata.

La mancanza di una specifica norma che autorizzi a ritenere comminabile la grave sanzione della improponibilità della domanda per il creditore che abbia in precedenza agito per il recupero di diverso credito, sia pure riguardante lo stesso rapporto di durata, e, soprattutto, la presenza nell'ordinamento di numerose norme che autorizzano, invece, l'ipotesi contraria, rafforzano la fondatezza ermeneutica della soluzione.

Per altro verso, una generale previsione di improponibilità della domanda relativa ad un credito dopo la proposizione da parte dello stesso creditore di domanda riguardante altro e diverso credito, ancorché relativo ad un unico rapporto complesso, risulterebbe ingiustamente gravatoria della posizione del creditore, il quale sarebbe costretto ad avanzare tutte le pretese creditorie derivanti da un medesimo rapporto in uno stesso processo (quindi in uno stesso momento, dinanzi al medesimo giudice e secondo la medesima disciplina processuale); con conseguente indebita sottrazione alla autonoma disciplina prevista per i diversi crediti vantati e perdita, ad esempio, della possibilità di agire in via monitoria per i crediti muniti di prova scritta o di agire dinanzi al giudice competente per valore per ciascuno dei crediti • quindi di fruire del più semplice e spedito iter processuale eventualmente previsto dinanzi a quel giudice –, e con possibile esposizione alla necessità di “scegliere” di proporre (o meno) una tem-

pestiva insinuazione al passivo fallimentare, col rischio di improponibilità di successive insinuazioni tardive per altri crediti.

Che la perdita della possibilità di fruire di riti più “snelli” per recuperare i propri crediti costituisca perdita di una importante “caratteristica” di tali crediti (i.e. la pronta “realizzabilità” sul piano processuale), nonché vanificazione della pre-valutazione del legislatore circa la possibilità, in determinate condizioni, di un rito diverso e più spedito, trova conferma in alcune recenti pronunce di questa Corte (v. Cass. nn. 22574 del 2016 e 10177 del 2015), nelle quali si è affermato che il creditore può, finanche in relazione ad un singolo, unico credito, agire con ricorso monitorio per la somma provata documentalmente e con il procedimento sommario di cognizione per la parte residua senza incorrere in un abuso dello strumento processuale per frazionamento del credito.

In ogni caso, l'onere di agire contestualmente per crediti distinti, che potrebbero essere maturati in tempi diversi, avere diversa natura (ad esempio – come frequentemente accade in relazione ad un rapporto di lavoro – retributiva e risarcitoria), essere basati su presupposti in fatto e in diritto diversi e soggetti a diversi regimi in tema di prescrizione o di onere probatorio, oggettivamente complica e ritarda di molto la possibilità di soddisfazione del creditore, traducendosi quasi sempre non in un alleggerimento bensì - in un allungamento dei tempi del processo, dovendo l'istruttoria svilupparsi contemporaneamente in relazione a numerosi fatti, ontologicamente diversi ed eventualmente tra loro distanti nel tempo.

È verosimile che per questa via il processo (lungi dal costituire un agile strumento di realizzazione del credito) finisca per divenire un contenitore eterogeneo smarrendo ogni duttilità, in violazione del principio di economia processuale, inteso come principio di proporzionalità nell'uso della giurisdizione.

È infine il caso di evidenziare che l'affermazione di un principio generale di necessaria azione congiunta per tutti i diversi crediti nascenti da un medesimo rapporto di durata, a pena di improponibilità delle domande proposte successivamente alla prima, sarebbe suscettibile di arrecare pregiudizievoli conseguenze per l'economia.

Se, infatti, si ha riguardo in prospettiva non solo ai crediti derivanti dai rapporti di lavoro, ma a tutti i crediti riferibili a rapporti di durata, anche tra imprese (consulenza, assicurazione, locazione, finanziamento, leasing), l'idea che essi debbano ineluttabilmente essere tutti veicolati – pena la perdita della possibilità di farli valere in giudizio – in un unico processo monstre (meno “spedito” dei processi adeguati per i singoli, differenti crediti) risulta incompatibile con un sistema inteso a garantire l'agile soddisfazione del credito, quindi a favorire la circolazione del danaro e ad incentivare gli scambi e gli investimenti.

4. Le considerazioni che precedono non esauriscono l'analisi della problematica in esame.

La disciplina codicistica – relativa, tra l'altro, a concessione, domande accessorie, preclusione da giudicato –, sopra richiamata perché idonea a testimoniare di un sistema che “contempla” – e perciò autorizza – l'ipotesi di diverse domande proposte in tempi e processi differenti con riguardo a crediti (diversi e tuttavia) riferibili ad un medesimo rapporto di durata, si presta in realtà ad una significativa lettura speculare.

Se è vero, infatti, che la citata disciplina ipotizza la proponibilità delle pretese creditorie suddette in processi (e tempi) diversi, è anche vero che essa è univocamente intesa a consentire, ove possibile, la trattazione unitaria dei suddetti processi e comunque ad attenuare o elidere gli inconvenienti della proposizione e trattazione separata dei medesimi.

L'ordinamento guarda con particolare attenzione alle domande connesse che, pur legittimamente, siano state proposte separatamente, e, con riguardo alle domande inscrivibili nel medesimo “ambito” oggettivo di un ipotizzabile giudicato, pur non escludendone la separata proponibilità, prevede, tuttavia, un meccanismo di “preclusione” dopo il passaggio in cosa giudicata della sentenza che chiude uno dei giudizi, e comunque uno specifico rimedio impugnatorio per la sentenza contraria a precedente giudicato tra le stesse parti, con una disciplina dettata dall'esigenza di evitare, ove possibile, la “duplicazione” di attività istruttoria e decisoria, il rischio di giudicati contrastanti, la dispersione dinanzi a giudici diversi della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale. Di tale esigenza si è espressamente fatta carico la giurisprudenza di queste Sezioni unite (v. in particolare, tra le altre, sez. un. n. 12310 del 2015 in materia di modificabilità della domanda ex art. 183 c.p.c., e sez. un. n. 26242 del 2014 in materia di patologia negoziale), nella consapevolezza che la trattazione dinanzi a giudici diversi, in contrasto con il principio di economia processuale, di una medesima vicenda “esistenziale”, sia pure connotata da aspetti in parte dissimili, incide negativamente sulla “giustizia” sostanziale della decisione (che può essere meglio assicurata veicolando nello stesso processo tutti i diversi aspetti e le possibili ricadute della stessa vicenda, evitando di fornire al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificiosamente frammentata), sulla durata ragionevole dei processi (in relazione alla possibile duplicazione di attività istruttoria e decisionale) nonché, infine, sulla stabilità dei rapporti (in relazione al rischio di giudicati contrastanti).

Si tratta di una giurisprudenza che afferma la necessità di favorire, ove possibile, una decisione intesa al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio, “evitando di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito”.

Nel solco dell'indirizzo tracciato dalle citate decisioni deve ritenersi che, se sono proponibili separatamente le domande relative a singoli crediti distinti, pur riferibili al medesimo rapporto di durata, le questioni relative a tali crediti che risultino inscrivibili nel medesimo ambito di altro processo precedentemente instaurato, così da potersi ritenere già in esso deducibili o rilevabili – nonché, in ogni caso, le pretese creditorie fondate sul medesimo fatto costitutivo – possono anch'esse ritenersi proponibili separatamente, ma solo se l'attore risulti in ciò “assistito” da un oggettivo interesse al frazionamento.

Quest'ultima affermazione impone un chiarimento.

Nella giurisprudenza di legittimità (a partire da Cass. n. 1540 del 2007, riferita al principio di non contestazione) risulta chiara la consapevolezza che il “giusto” processo regolato dalla legge resta affidato non solo alle norme che lo regolano, bensì anche agli stessi protagonisti del processo (giudice e parti), responsabilizzati, ciascuno per quanto di “competenza”, a dare concreta e corretta attuazione alla relativa normativa.

Tali concetti, affermati dalla giurisprudenza di legittimità soprattutto con riguardo al principio di non contestazione (di origine giurisprudenziale e successivamente recepito dal legislatore nel novellato art. 115 c.p.c.), quindi con riguardo, in particolare, alla posizione del convenuto, non possono che ritenersi riferiti anche all'attore, il quale deve farsi carico di un esercizio consapevole e responsabile del diritto di azione che la Costituzione gli garantisce.

Pertanto, se l'interesse ad agire esprime il rapporto di utilità tra la lesione lamentata e la specifica tutela richiesta, è da ritenersi, nell'ottica di un esercizio responsabile del diritto di azione, che tale rapporto abbia ad oggetto anche le caratteristiche della suddetta tutela (ivi comprese la relativa “estensione” e le connesse modalità di intervento rispetto ad una più ampia vicenda sostanziale), con la conseguenza che l'interesse di cui all'art. 100 c.p.c., investe non solo la domanda ma anche, ove rilevante, la scelta delle relative “modalità” di proposizione.

Non si tratta quindi di valutare “caso per caso” (in relazione al bilanciamento degli interessi di ricorrente e resistente) l'azionabilità separata dei diversi crediti, nè tanto meno si tratta di accertare eventuali intenti emulativi o di indagare i comportamenti processuali del creditore agente sul versante psico-soggettivistico.

Quel che rileva è che il creditore abbia un interesse oggettivamente valutabile alla proposizione separata di azioni relative a crediti riferibili al medesimo rapporto di durata ed inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sul medesimo fatto costitutivo.

Da ultimo, sul piano della dialettica processuale, è indubbio che al creditore procedente debba essere

consentito di provare ed argomentare ogni qual volta il convenuto evidenzi la necessità di siffatto interesse e ne denunci la mancanza. Ove il convenuto nulla abbia allegato o dedotto in proposito, il giudice che rilevi *ex actis* la necessità di un interesse oggettivamente valutabile al “frazionamento” e ne metta in dubbio l’esistenza, dovrà indicare la questione ex art. 183 c.p.c., e, se del caso, riservare la decisione ed assegnare alle parti termine per memorie ex art. 101 c.p.c.

5. Sulla base delle considerazioni che precedono, va affermato il seguente principio di diritto:

“Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque “fondati” sul medesimo fatto costitutivo – sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale –, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell’art. 183 c.p.c., e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell’art. 101 c.p.c., comma 2”.

Alla luce dei sopra esposti principi, e considerato che la domanda proposta dal lavoratore nel presente processo è intesa al ricalcolo del premio fedeltà con inclusione dello straordinario prestato a titolo continuativo, mentre la domanda precedentemente proposta (anch’essa dopo la cessazione del rapporto di lavoro) era intesa ad ottenere la rideterminazione del TFR tenendo conto di alcune voci retributive percepite in via continuativa, il ricorso della società non risulta fondato.

Deve infatti osservarsi che gli istituti del TFR e del premio fedeltà hanno diversa fonte (legale l’uno e patrizia l’altro), nonchè differenti presupposti e finalità, non risultando, in particolare, che il credito azionato in relazione al premio fedeltà sia inscrivibile nel medesimo ambito oggettivo del giudicato ipotizzabile in relazione alla precedente domanda riguardante la rideeterminazione del TFR, nè che i due crediti siano fondati sul medesimo fatto costitutivo; onde è da ritenersi che ben poteva il lavoratore proporre le domande suddette in diversi processi, senza neppure la necessità di verificare la sussistenza di un interesse oggettivamente valutabile a tale separata proposizione.

Il ricorso deve essere pertanto respinto.

Attesa la complessità della questione trattata e la riscontrata esistenza di un contrasto giurisprudenziale in proposito, sussistono i presupposti per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

(*Omissis*)

\*\*\**Nota a sentenza (in breve)*

#### sommario

Premessa. – **1.** Il caso e l’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. – **2.** La questione da risolvere. – **3.** Conclusioni.

#### Premessa

Con sentenza 4090 del 16.02.2017 le sezioni unite della Corte di Cassazione tornano ad occuparsi del dibattuto tema del frazionamento del credito e dell’abuso del processo. In particolare, gli ermellini hanno stabilito che i crediti, vantati da un ex dipendente e derivanti rispettivamente dalla maturazione del t.f.r. e del premio di fedeltà, pur fondandosi sul rapporto di lavoro (un unico rapporto complesso presupposto), possono legittimamente essere azionati in processi separati, senza che debba ritenersi integrata l’ipotesi di abuso del processo.

#### 1. Il caso e l’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

Un ex dipendente della F. agiva nei confronti della società con due distinti processi per realizzare due crediti divenuti esigibili dopo la cessazione del contratto di lavoro: nel primo giudizio chiedeva la rideterminazione dei crediti derivanti dal t.f.r. tenendo conto del calcolo di alcune voci contributive e, successivamente, con il secondo domandava il ricalcolo del premio fedeltà.

La F. proponeva dunque ricorso per cassazione, lamentando la violazione e falsa applicazione dell’art. 2909 c.c. e 111 Cost., sul presupposto che le pretese di controparte, sebbene scaturenti dal medesimo contratto, erano state inutilmente e abusivamente “parcelizzate” in due distinti processi. Ne derivava – a parere della società ricorrente – che l’evidente contrasto del comportamento processuale tenuto dall’ex dipendente con il divieto di abuso del processo, sancito nel 2007 dalle Sezioni Unite<sup>1</sup> e la richiesta di considerare inammissibile la seconda domanda.

La sezione lavoro, cui è stata demandata la soluzione della controversia, con ordinanza interlocutoria n. 1251 del 2016, dopo aver evidenziato che gli ermellini hanno in più occasioni confermato l’operatività del divieto di frazionamento indebito delle istanze relative a crediti vantati sulla base di un unico rapporto, ha rap-

<sup>1</sup> Cass. civ., 15 novembre 2007, n. 23726.

presentato di non condividere l'applicabilità *tout court* di tale principio quando i crediti azionati si basano su un contratto di lavoro (cfr. sentenze 11256<sup>2</sup> e 27064<sup>3</sup> del 2013).

Nel corpo dell'ordinanza la sezione rimettente ha manifestato la volontà di non aderire alla tesi per cui il rapporto di lavoro accedrebbe alla qualificazione di "rapporto obbligatorio unico", per come inteso dalle sezioni unite del 2007 per le quali: «non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro ... frazionare il credito in plurime richieste giudiziali, contestuali o scaglionate nel tempo», quando il creditore agisce in tal modo «per sua esclusiva utilità».

## 2. La questione da risolvere

La questione all'attenzione delle sezioni unite può così riassumersi: se una volta cessato il rapporto di lavoro, il lavoratore debba avanzare in un unico contesto giudiziale tutte le pretese creditorie che sono maturate nel corso del suddetto rapporto o che trovano titolo nella cessazione del medesimo e se il frazionamento di esse in giudizi diversi costituisca abuso sanzionabile con l'improponibilità della domanda.

Prima di procedere alla risoluzione del caso, la Cassazione ritiene necessaria un'attenta lettura delle sentenze citate (Cass., sez. un. del 2007 e sent. nn. 11256 e 27064 del 2013), dalla quale emerge *ictu oculi* la sostanziale diversità delle fattispecie decise da tali pronunce.

Nello specifico, la sentenza n. 23726 del 2007 traeva spunto dalla vicenda in cui una società aveva chiesto, ed ottenuto, quattro distinti decreti ingiuntivi per importi portati da più fatture insolute, anziché richiedere un unico provvedimento monitorio per l'intero credito vantato, con il solo intento di rendere più difficoltosa la difesa del convenuto.

Le Sezioni Unite stabilirono che il frazionamento operato dalla società creditrice costituiva una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza in combinato con l'obbligo di solidarietà previsto dall'art. 2 della Costituzione.

Il creditore – a parere della Corte – non derivava alcun vantaggio legittimo dal frazionamento della pretesa creditoria in più processi, se non un aggravamento del diritto di difesa della società ingiunta e il rischio di una pluralità di giudicati contraddittori.

L'analisi svolta nella sentenza 23726 è invero ancora valida anche dopo la pronuncia di febbraio 2017, la quale chiarisce che il problema dell'infrazionabilità del credito, nelle occasioni dalla Corte di Cassazione, ha sempre avuto riguardo «ad un singolo credito, non ad una pluralità di crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso».

La sentenza in commento, infatti, muovendo dal presupposto che il contratto di lavoro non può considerarsi un unico rapporto obbligatorio, ma un rapporto complesso i cui connessi crediti non necessariamente divengono esigibili nello stesso momento, si propone di indagare se siano o meno proponibili più domande in giudizi diversi per ciascuno di tali crediti, o se tale comportamento debba considerarsi un abuso del processo.

In realtà il nostro sistema processuale non contiene alcuna norma che obblighi l'attore ad agire in un unico giudizio per più crediti distinti, benché rivenienti da un rapporto di durata, ma si limita a dettarne tempi e preclusioni. A sostegno di tale asserzione la Cassazione afferma che: «l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale in tema di estensione oggettiva del giudicato – in relazione alla preclusione per questioni rilevabili o deducibili – perderebbe gran parte del suo significato se dovesse ritenersi improponibile qualunque azione per il recupero del credito solo perché preceduta da altra, intesa al recupero di un credito diverso e tuttavia riconducibile ad uno stesso rapporto di durata tra le stesse parti».

Dunque, addossare al creditore di un rapporto di durata "complesso" l'onere di dover promuovere in un unico processo istanze relative a tutti i crediti inerenti a tale rapporto, che possono avere fonte e regime probatorio e di prescrizione differenti, si tradurrebbe non in un alleggerimento dei tempi processuali, bensì in un aggravamento di essi oltreché in una lesione del diritto di azione del creditore.

Occorre tuttavia osservare che l'astratta possibilità riconosciuta dalle Sezioni Unite di proporre domande diverse a fronte di crediti distinti deve comunque trovare un contemperamento con il *favor* alla trattazione unitaria delle controversie e con la disciplina dell'ambito oggettivo del giudicato. Dunque, in ogni caso, quando le questioni proposte in un giudizio successivo risultano iscritte nel "dedotto o deducibile" di un processo già incardinato, sarà ammesso il frazionamento solo se sostenuto da un interesse oggettivamente apprezzabile.

Non sfugge che i principi sottesi alla presente decisione sono i medesimi che hanno già guidato le Sezioni Unite nel 2007: economia processuale, ragionevole durata del processo e stabilità dei rapporti.

Il diverso esito delle controversie trova la sua *ratio* nella diversità delle situazioni sostanziali che ne sono fondamento.

Nel caso del 2007, un "unico rapporto obbligatorio", per il quale la singola obbligazione andava adempiuta nella sua interezza ed in un'unica soluzione, costituendo il ricorrere a più azioni *pro quota*, non giustificate da nessun apprezzabile interesse oggettivo, una violazione della buona fede processuale; nella sentenza in commento un "rapporto obbligatorio complesso e di durata (rapporto di lavoro)", con riguardo

<sup>2</sup> Cass. civ., 10 maggio 2013, n. 11256.

<sup>3</sup> Cass. civ., 03 dicembre 2013, n. 27064.

al quale il creditore (l'ex dipendente) ha azionato due crediti che hanno peraltro fonti diverse: l'una fonte legale (la quantificazione del t.f.r.), l'altra fonte negoziale (la corresponsione del premio fedeltà).

### 3. Conclusioni

In conclusione, con sentenza 4090 del 2017 le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno pronunciato il seguente principio di diritto: Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se, tuttavia, i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque "fondati" sul medesimo fatto costitutivo, sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell'art. 183 c.p.c. e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c.

## In tema di separazione ed adulterio: l'addebito va al "primo traditore".

*Nota a Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3318*

### abstract

*The separation must be charged to the unfaithful husband despite his wife, after finding out, he entertained to pique a relationship with another man was the original infidelity of partners, in fact determine the "break" of the marital relationship.*

### keywords

*Separation – Unfaithful.*

### abstract

*Nella pronuncia in commento, la Corte di Cassazione ha addebitato la separazione tra i coniugi al marito infedele nonostante la moglie, dopo averlo scoperto, abbia intrattenuto, come per ripicca, una nuova relazione con un altro uomo: sarebbe stata l'originaria infedeltà del partner, infatti, a determinare la "rottura" del rapporto coniugale.*

### parole chiave

*Separazione coniugale – Infedeltà.*

### sommario

1. Premessa in fatto. – 2. L'atavica questione del rapporto "causale" tra l'adulterio e la separazione. – 3. Conclusioni.

### Separazione personale dei coniugi – Obbligo di fedeltà – Violazione – Addebito separazione – crisi preesistente – Insufficienza

*L'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale è di regola sufficiente, da sola, a giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile, sempreché non si constati la mancanza di nesso causale tra infedeltà e crisi coniugale, tale che risulti la preesistenza di una crisi già irrimediabilmente in atto.*

Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3318

Pres. Bernabai, Rel. Sambito

\*\*\*Nota a sentenza (in breve)

(Omissis)

*Ritenuto in fatto*

Con sentenza del 18.12.2013, il Tribunale di Brescia ha pronunciato la separazione dei coniugi A. R. ed A. B., e l'ha addebitata al marito, rigettando la domanda di addebito dallo stesso proposta. La decisione è stata confermata dalla Corte d'appello di Brescia, che, con sentenza in data 28.4.2014, ha ritenuto, sulla scorta dell'esame di due relazioni investigative e della deposizione di numerosi testi, che: a) era rimasta accertata l'esistenza di una relazione adulterina del marito, che aveva determinato la rottura del rapporto coniugale, né la decisione della moglie di separarsi poteva dirsi determinata da estemporanea gelosia, essendo maturata in tempi non brevissimi; b) gli incontri della moglie con altro uomo erano successivi alla scoperta della relazione del marito, al definitivo abbandono della casa coniugale da parte di lui ed al deposito del ricorso per separazione, sicché era indimostrata l'incidenza causale di tale relazione – in sé alquanto sfumata nella frattura del matrimonio; c) il marito non aveva diritto né all'assegno di mantenimento, dato lo statuito addebito, né all'assegno alimentare, avendo rivestito cariche in alcune Società che confermavano la sua capacità lavorativa e le sue attitudini imprenditoriali. Avverso detta sentenza, ricorre per cassazione A. B. sulla base di cinque motivi, al quale la R. resiste con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

*Osserva in diritto*

1. Va, preliminarmente, disattesa l'eccezione d'innammissibilità del ricorso, sollevata dalla controricorrente ex art. 348-ter, comma 5, c.p.c., tenuto conto che tale disposizione non si applica ai casi di cui all'art. 348 bis, comma 2, lett. a) stesso codice, *id est* alle cause in cui il pubblico ministero è parte necessaria ai sensi dell'art. 70, comma 1, c.p.c., il cui numero 2 menziona espressamente le cause matrimoniali "comprese quelle di separazione personale dei coniugi".

2. Col primo ed il secondo motivo, il ricorrente

censura, ex art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., la statuizione sub a) della narrativa per violazione degli artt. 112 e 132 n. 4 c.p.c., per avere la Corte territoriale rispettivamente: – motivato in maniera apparente e comunque insufficiente sui motivi d'appello coi quali aveva criticato il valore probatorio della relazione investigativa depositata *ex adverso*, aveva evidenziato la genericità della documentazione fotografica, aveva lamentato la valutazione solo parziale delle dichiarazioni rese dal teste M., che la aveva redatta, e la mancata valutazione della deposizione Z.; – motivato in modo apparente e comunque insufficiente in relazione alla critica mossa alla decisione di primo grado che aveva ritenuto inattendibili i testi F. e Z. ed, in modo illogico, aveva considerato attendibile il teste C.

3. Col terzo motivo, anch'esso rivolto avverso la statuizione sub a) della narrativa, si deduce la violazione degli artt. 143, comma 2 e 151, comma 2, c.c., ex art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., non avendo la Corte d'Appello tenuto conto della giurisprudenza di legittimità secondo cui “la decisione di separarsi dev'essere diretta conseguenza dell'infedeltà altrui”.

4. Con il quarto motivo, si critica, ex art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., la statuizione sub b) della narrativa per violazione degli artt. 112 e 132 n. 4 c.p.c.

La Corte territoriale, lamenta il ricorrente, “ha motivato in maniera omissiva, generica, apparente e/o comunque insufficiente” sul motivo d'appello con cui aveva censurato la valutazione dei testi S. e F., rilevanti al fine di accertare la violazione degli obblighi coniugali da parte della moglie, ed a valutarne lo stato psicologico, in riferimento alla decisione di separarsi.

5. Il quinto motivo è rivolto ad infirmare la statuizione sub c), per violazione degli artt. 156, co 3, 433 comma 1, n. 1 e 438 c.c.; 112 e 132 n. 4 c.p.c. Il ricorrente lamenta che la sentenza impugnata non ha tenuto conto né della costante giurisprudenza in tema di capacità dell'alimentando di provvedere al proprio mantenimento ed alla dignità sociale di lavoro consona al suo *status*, né dell'allegazione relativa all'età di esso ricorrente ed al giudizio prognostico sugli anni a venire.

6. I motivi sono inammissibili. Ad onta della formale deduzione come violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e nullità della sentenza per la carenza del requisito della motivazione/coi motivi primo, secondo, quarto e quinto, il ricorrente ha, in concreto, lamentato la mancata o non appagante valutazione di alcuni elementi fattuali e probatori, censura che esula sia dall'ambito del vizio di cui all'art. 112 c.p.c., rilevante ai fini di cui all'art. 360, comma 1, n. 4, stesso codice, che si configura esclusivamente con riferimento a domande attinenti al merito (cfr. Cass. n. 13716 del 2016; n. 6715 del 2015), che dal dedotto profilo di nullità che è ravvisabile quando sia denunciata l'impossibilità di individuare gli elementi di fatto considerati o presupposti nella decisione (cfr.

Cass. n. 920 del 2015; n. 22845 del 2010 il richiamo al principio di cui all'art. 156 comma 2 c.p.c. è del tutto criptico). Peraltro, le censure sono inammissibili, anche, a volerle considerare in riferimento al motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. Tale disposizione, nel testo applicabile *ratione temporis* (la sentenza stata pubblicata il 28.4.2014), infatti, ha ridotto il controllo di legittimità sulla motivazione al minimo costituzionale (mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico; motivazione apparente, contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile), a prescindere, beninteso, dal confronto con le risultanze processuali, non integrando l'omesso esame di elementi istruttori di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice (come nella specie) ancorché la sentenza non abbia, in tesi, dato conto di tutte le risultanze probatorie (cfr. Cass., sez. un., n. 8053 del 2014).

8. Anche le violazioni di legge dedotte col terzo e col quinto motivo sono inammissibili. Non risultano, infatti, affermati principi di diritto diversi da quelli invocati, secondo cui: a) l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale è di regola sufficiente, da sola, a giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile, sempreché non si constati la mancanza di nesso causale tra infedeltà e crisi coniugale, tale che risulti la preesistenza di una crisi già irrimediabilmente in atto cfr. da ultimo, ord. n. 16859 del 2015; b) il diritto agli alimenti previsto dall'art. 433 cc. è legato alla prova dello stato di bisogno e dell'impossibilità da parte dell'alimentando di provvedere in tutto o in parte al proprio sostentamento mediante l'esplicazione di attività lavorativa: se questi è in grado di trovare un'occupazione confacente alle proprie attitudini ed alle proprie condizioni sociali, nulla può pretendere dal coniuge. Semplicemente, la Corte territoriale ne ha fatto applicazione in senso diverso da quello auspicato dal ricorrente, secondo la ricostruzione dei fatti dalla stessa operata, che, com'è noto, è incensurabile in sede di legittimità.

9. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

(*Omissis*)

## 1. Premessa in fatto

I giudici della prima sezione civile della Corte di Cassazione, con la recentissima sentenza n. 3318 del 1° dicembre 2016, depositata il giorno 8 febbraio 2017, hanno nuovamente ribadito il ragionamento logico-giuridico secondo il quale, al fine di addebitare la separazione, è necessario accertare un rapporto di causalità tra la condotta (l'adulterio, nel caso di specie) e l'evento (ovvero la separazione).

Con riferimento alla fattispecie concreta oggetto della pronuncia in esame, è importante rappresentare che, sulla scorta dell'esame di due relazioni investigative e della deposizione di numerosi testi, i giudici di merito avevano accertato:

- in primo luogo, l'esistenza di una relazione adulterina del marito, che aveva determinato la rottura del rapporto coniugale;
- che la decisione della moglie era maturata in tempi non brevissimi per cui andava esente da considerazioni di estemporaneità e/o superficialità;
- che gli incontri della moglie con altro uomo erano successivi alla scoperta della relazione del marito, al definitivo abbandono della casa coniugale da parte di lui ed al deposito del ricorso per separazione, sicché era indimostrata l'incidenza causale di tale relazione – in sé alquanto sfumata – nella frattura del matrimonio;
- il marito non aveva diritto né all'assegno di mantenimento, dato lo statuito addebito, né all'assegno alimentare, avendo rivestito cariche in alcune Società che confermavano la sua capacità lavorativa e le sue attitudini imprenditoriali.

Nonostante quanto innanzi, il marito "fedifrago", ritenendosi deluso dagli assunti della giustizia di merito, ha deciso di ricorrere in Cassazione, con risultati – anticipati in apertura – per lui alquanto deludenti.

## 2. L'atavica questione del rapporto "causale" tra l'adulterio e la separazione

In primo luogo, è opportuno ribadire la sussistenza, nel nostro ordinamento, del dovere di fedeltà di ciascuno dei coniugi nei confronti dell'altro. Tale dovere è stato tradizionalmente inteso come coincidente con il divieto di intrattenere rapporti sessuali con persone diverse dal coniuge. Tale interpretazione, tuttavia, nel tempo è apparsa eccessivamente riduttiva, ed è stata "integrata" contemplando e, anzi, richiedendo, un più generale dovere di collaborazione e di lealtà nei confronti dell'intera compagine familiare. In altre parole, con il trascorrere del tempo, la fedeltà del corpo si è inevitabilmente fusa con la fedeltà affettiva e quest'ultima, a sua volta, è divenuta parte di una concezione ancora più ampia di fedeltà che, non di rado, assume i connotati della lealtà e del sacrificio.

Nell'ambito di tale concezione, il dovere di fedeltà assume un'importanza pregnante, e la violazione dei relativi obblighi può assumere rilievo anche in assenza di un quadro probatorio dal quale emerga, con certezza, il tradimento del partner. Piuttosto, diventa rilevante già l'esternazione di comportamenti tali da ledere il rapporto di dedizione fisica e spirituale con il partner, tali da ledere la di lui o di lei sensibilità e, soprattutto, dignità.

Alla luce di quanto innanzi sinteticamente illustrato, emerge con chiarezza la gravità della violazione dell'obbligo di fedeltà, la quale generalmente determi-

na insofferenza e sofferenza tali da rendere impossibile la prosecuzione della convivenza e da giustificare, dunque, l'addebito della separazione.

Quanto appena sostenuto, tuttavia, incontra un limite fondamentale nell'accertamento del nesso causale tra l'infedeltà e la crisi coniugale, mediante un riscontro rigoroso ed una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi. Qualora risulti la preesistenza di una irrimediabile crisi in atto, ovvero la convivenza sia meramente formale, allora di certo non si potrà dare luogo all'addebito della separazione. Ed ancora, la circostanza che un coniuge, nel corso del matrimonio, abbia avuto un figlio da una relazione extra coniugale, non basta ad addebitargli la colpa per il naufragio del matrimonio, qualora il rapporto fosse entrato in crisi prima dell'inizio della relazione adulterina<sup>1</sup>.

Nel caso di specie, i giudici di merito, nel disporre la separazione della coppia, avevano addebitato al marito la separazione in quanto, sulla scorta dell'esame di due relazioni investigative e della deposizione di numerosi testi, era rimasta accertata l'esistenza di una relazione adulterina dell'uomo, che aveva determinato la rottura del rapporto coniugale.

Conseguentemente, del tutto irrilevante diventa la successiva relazione extraconiugale della donna, ed è inutile per l'uomo chiedere a sua volta l'addebito alla moglie: gli incontri della donna con un altro uomo erano stati, infatti, successivi alla scoperta della relazione del marito, al definitivo abbandono della casa coniugale da parte di lui e al deposito del ricorso per separazione, sicché era indimostrata l'incidenza causale di tale relazione nella frattura del matrimonio.

Ancora, la Corte territoriale nega al marito sia l'assegno di mantenimento che quello alimentare, stante le sue attitudini imprenditoriali.

## 3. Conclusioni

Con la pronuncia in esame, dunque, gli Ermellini di discostano solo in apparenza dagli orientamenti in tema di infedeltà ed addebito: ed invero, restano confermati sia la proprietà del dovere di fedeltà nella sua più ampia accezione, sia, d'altro canto, la necessità del rapporto causale tra l'adulterio e la crisi coniugale. Ed invero, sempre nel caso in commento, i giudici di legittimità hanno definitivamente statuito che "l'inservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale è di regola sufficiente, da sola, a giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile" ma tale addebito non può essere considerato automatica conseguenza del tradimento, ed anzi essa è suscettibile di prova contrario: è possibile, infatti, che la parte "accusata" sia in grado di far constatare "la mancanza di nesso causale tra infedeltà e crisi coniugale, tale che risulti la preesistenza di una crisi già irrimediabilmente in atto".

<sup>1</sup> Cass. civ., 2 dicembre 2013, n. 27730.

Pietro Sorrentino  
Avvocato

## Sulla necessaria applicazione delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano per la quantificazione del danno non patrimoniale.

*Nota a App. Roma, sez. III, 21 dicembre 2016, n. 7200*

### abstract

*The Rome Court of Appeal, applying the principles laid down by the Supreme Court, believes that the capitol Court should use the tables prepared by the Milan Court for compensation for non-pecuniary damage in order to achieve the uniformity of judgments on cases analogues.*

### keywords

*Non-pecuniary damage – The Milanese tables – Necessary criterion.*

### abstract

*La Corte d'Appello di Roma, applicando i principi dettati dalla Corte di Cassazione, ritiene che anche il Tribunale capitolino debba utilizzare le Tabelle predisposte da Tribunale di Milano per il risarcimento del danno non patrimoniale al fine di realizzare l'uniformità di giudizi su casi analoghi.*

### parole chiave

*Danno non patrimoniale – Tabelle milanesi – Criterio necessario.*

### Danno non patrimoniale – Quantificazione – Liquidazioni uniformi – Tabelle del Tribunale di Milano – Criterio necessario

*La Corte di Appello di Roma aderisce all'orientamento di legittimità diretto a riconoscere portata cogente nonché vocazione nazionale e generalizzata alle tabelle del Tribunale di Milano in tema di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, così da offrire parametri uniformi ed evitare sperequazioni nei risarcimenti a seconda del luogo di decisione della controversia.*

App. Roma, sez III, 21 dicembre 2016, n. 7200

Pres. Rel. G. Lo Sinno

(Omissis)

### Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato in data 11/13.11.2008 la sig.ra \* aveva citato in giudizio, innanzi al Tribunale di Roma, \* s.p.a. ed il sig. \* in qualità rispettivamente di assicuratrice rca e di proprietario/conducente del motociclo Piaggio tg. \* al fine di sentire dichiarare il \* responsabile del sinistro avvenuto il 20 novembre 2006 alle ore 15,35, in Roma, all'altezza del civico 328 della via Cassio, in prossimità dell'incrocio con Via Cortina d'Ampezzo, allorché l'attrice, attraversando sulle strisce pedonali, in prossimità della linea di mezzera, venivo investita dal motociclo, riportando gravi lesioni personali per le quali chiedeva la condanna dei convenuti al risarcimento per i danni subiti, detratta la somma di € 81.000,00, corrisposta dalla compagnia e trattenuta a titolo di acconto.

Nella dichiarata contumacia di E.M. si costituiva \* chiedendo il rigetto della domanda ritenendo completamente satisfattiva la somma già erogata, e contestando l'entità della somma richiesta, sia in riferimento all'esistenza di un concorso di colpa della danneggiata sia in riferimento alla reale gravità dei danni fisici lamentati dall'attrice quale effetto del sinistro. La causa veniva istruita con la produzione documentale, espletamento dell'interrogatorio formale dell'attrice, escussione di tre testimoni ed esperimento di CTU medico-legale, e quindi decisa dall'adito Tribunale con sentenza in data 31.07.2014 che così provvedeva: «Accerta la responsabilità di E.M. in ordine al sinistro occorso in data 20 novembre 2006, e, per l'effetto, condanna \* Spa e E.M. in solido, al pagamento a favore di T.N. della somma di Euro 13.456,95, oltre interessi legali dalla pubblicazione della sentenza al saldo: 2) Condanna \*Spa e \* in solido, al pagamento a favore di T.N. delle spese di lite nella misura di 2/3 (attesa la compensazione per la parte restante di 1/3)...».

Con citazione notificata in data 26.04.2015 la sig.ra T. ha proposto appello chiedendo la parziale riforma della sentenza di primo grado. Si é costituita in questo grado la sola \* Ass.ni SPA ed ha chiesto il rigetto

dell'appello con il favore delle spese del grado. All'esito della verifica della costituzione delle parti – dichiarata la contumacia di \* e disposto il mutamento del rito in quello previsto dall'art. 3 della legge 102/2006 – è stato fissata l'udienza per la discussione; quindi, all'udienza collegiale del 29.11.2016 la causa è stata decisa con lettura del dispositivo ex art.437 c.p.c.

### Motivi della decisione

L'appellante ha sottoposto a censura la sentenza di primo grado con un unico motivo attinente alla valutazione dei danni subiti in esito al sinistro del 20.11.2006, lo cui responsabilità è stata attribuita in via esclusiva ai sig. 3 della legge 102/2006 (e sulla quale non vi è stata impugnazione incidentale), Il tribunale, infatti, per pervenire alla liquidazione del danno aveva affermato quanto segue: «In ordine all'ammontare del danno, il Tribunale reputa di condividere le conclusioni rassegnate dal CTU, dott. \* nella relazione depositata il 5 dicembre 2011, in quanto appaiono tratte a seguito dei più opportuni accertamenti e di una accurata disamina dei fatti in contestazione, all'esito di una procedura immune da vizi e secondo un iter logico ineccepibile. I contenuti delle stesse, peraltro, oggetto di alcuna contestazione tecnica da parte dei contendenti, compresa l'attrice che nelle sue note conclusionali precisa la quantificazione del danno sulla scorta della valutazione operata dal CTU. Pertanto, sulla base di queste premesse deve riconoscersi al ricorrente la percentuale di danno biologico accertata in sede peritale, ovvero un periodo di inabilità temporanea totale quantificabile per giorni 40, un periodo di inabilità temporanea parziale al 75% per giorni 15, un periodo di inabilità temporanea parziale al 50% per giorni 30, un periodo di inabilità temporanea parziale al 25% per giorni 15, \* esiti permanenti del 25% del totale. E' nota a questo giudice la sentenza della Cassazione, sezione III civile, n. 12408/2011, secondo la quale «la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico:fisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di previsioni normative, vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il Tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto», come sono altresì note le pronunce successive, che, da un lato hanno riconosciuto la legittimità dell'applicazione di tabelle diverse da quelle in uso presso il Tribunale di Milano, quando ciò comporti comunque un equo ristoro e la liquidazione sia supportata da idonea motivazione al riguardo (Cass., sez. III, n. 14402/11) e, dall'altro, hanno ritenuto legittima l'applicazione di tabelle diverse da quelle in uso presso il Tribunale adito (ivi comprese le tabelle di Milano), quando la decisione non sia supportata da adeguata motivazione che giustifichi il discostarsi dai parametri riferiti ai precedenti giurisprudenziali dell'ufficio giudiziario

giudicante (Cass., sez. III, n. 22604/2013; Cass., sez. Lavoro 2.8.2011 n. 16866), Ferma restando l'adesione di questo giudice al principio fondante della innovativo pronuncia n. 12408/11, ossia essere l'equità non soltanto “regola del caso concreto” ma anche “parità di trattamento” e preso atto che la soluzione adottata dalla Cassazione, come espressamente affermato dalla stessa sentenza, deriva da una “operazione di natura sostanzialmente ricognitiva”, il Tribunale, in attesa del consolidarsi della giurisprudenza di legittimità sul punto, reputa adeguato a perseguire lo scopo indicato, liquidare il danno accertato sulla base delle tabelle elaborate dal Tribunale di Roma, adottate, peraltro, anche da altri tribunali italiani, trattandosi di parametri desunti dalla media delle pronunce emesse dai giudici del Tribunale con maggior carico di affari e che tratta circa il 20% del contenzioso in materia di responsabilità civile, tabelle, che peraltro, sono più aderenti ai principi di personalizzazione del danno morale e alla esigenza di distinta valutazione delle singole voci di danno, in accordo con la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. III civ., n. 19492/2013 Cass. sez. III civ., n. 22585/2013), peraltro rappresentate come voci distinte anche nelle domande della parte attrice, benché essa invochi ugualmente l'applicazione delle tabelle del Tribunale di Milano. Pertanto, giudicando equo applicare i criteri in uso presso questo Tribunale, come indice di riferimento dedotto dal tenore delle pronunce effettivamente emesse, aggiornate all'anno 2014, devono essere liquidate le cifre di seguito indicate. A titolo di Inabilità Temporanea Assoluta (40 giorni): € 4.312,00; a titolo di Inabilità Temporanea al 75% (15 giorni): € 1.212,75; a titolo di Inabilità Temporanea al 50% (30 giorni): € 1.617,00; a titolo di Inabilità Temporanea al 25% (15 giorni): € 404,25; a titolo Invalidità Permanente, riconosciuta al 25%, considerata l'età della danneggiata all'epoca del sinistro (39 anni) € 66.673,11, per un importo totale di € 74.219,11».

Orbene, l'appellante deduce a tal proposito che sarebbe stata data una interpretazione errata della nuova tenenza giurisprudenziale in materia di criteri di liquidazione del danno non patrimoniale (superiore alla soglia del 9%). Ritiene la Corte che la decisione appellata vada riformata e che, al contrario di quanto statuito dal primo giudice, la liquidazione del danno subito dalla appellante andasse operata in base alle tabelle in uso presso il Tribunale di Milano, tenendo conto della c.t.u. medico legale fatta espletare in I grado la quale (non contestata) aveva valutato i postumi del sinistro in tal modo: Invalidità permanente = 25%. Invalidità Temp. Totale gg. 40. Invalidità Temp. Parz. al 75% gg.15. Invalidità Temp. Parz. al 50% gg.30. Invalidità Temp. Parz. al 25%. gg.15. Spese mediche sostenute C. 408,00. Quindi, applicando le tabelle in uso presso il Tribunale di Milano si dovrà procedere ad una nuova valutazione del danno subito dalla ap-

pellante, in ciò adeguandosi ai principi delineati in merito dalla Suprema Corte di Cassazione la quale, dal 2011, ha statuito che, nella liquidazione del danno biologico, quando, come nella fattispecie concreta, 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 (Cass., n. 12408/2011; e più di recente Cass. civ., sez. III, 13.11.2014, n. 24205; Cass. civ., sez. lav. 17.12.2014, n. 26590).

Tanto premesso, questo Collegio deve procedere ad una nuova e complessiva liquidazione dei danni subiti dalla appellante per il solo danno non patrimoniale, (risultando del tutto inammissibile la domanda di risarcimento per il danno patrimoniale, mai avanzata in primo grado). Nella fattispecie concreta stimasi equo liquidare le somme che seguono (tenuto conto dell'età dell'appellante al momento del fatto di anni 39): invalidità temporanea assoluta = gg. 40 x 96,00 = € 3.840,00, invalidità temporanea relativa (75%) = gg. 15 x 72,00 = €. 1.080,00 (50%) gg. 30 x 48,00 = €. 1.440,00 (25%) gg. 15 x 24,00 = €. 360,00; invalidità permanente 25% = 105.563,00 con aumento sino a €. 137.500,00 pori a circa il 30% (nel massimo tabellare previsto al 34%) per una congrua personalizzazione del danno, anche dal punto di vista delle conseguenze psicologiche subite dall'appellante (v. Cass. civ., sez. III, 19022013. n. 4043) che dopo il sinistro risulta aver subito conseguenze psico/fisiche che sicuramente hanno determinato dolore e sofferenze psicologiche non modeste tenuto conto anche delle future ripercussioni in ambito relazionale; spese mediche accertate e verificate dal CTU pari a 416,11 (rivalutate all'attualità in totali €. 480,00). Il totale risarcimento del danno che spetta alla appellante ammonta ad €. 144.700,00. Inoltre, va rimarcato come sia oramai ampiamente noto come l'obbligazione di risarcire il danno sia una tipica obbligazione di valore avendo la funzione, non

di consegnare una determinata somma, ma quella di ricostruire integralmente il patrimonio del danneggiato, seppure elargendo, per equivalente, una somma di denaro.

Ne consegue che al creditore spettano sia la rivalutazione (per compensare il valore intrinseca del bene perduto) che il lucro cessante (per compensare il mancato uso del bene perduto) utilizzando la tecnica di un tasso di interesse da determinare equitativamente (come per prima ebbe a chiarire la celebre Cass. Sez. Unite 17/2/1995 n. 1712; seguita, più di recente, da Cass 10/3/2006 n. 5234, Cass. 2007/10884, nonché Cass. sez. un., 30102008, n. 26008). Per effettuare queste operazioni, seguendo un orientamento ormai consolidato si farà ricorso a due diversi tassi ove sia necessario calcolare entrambi gli accessori. Dove il credito sia stato conteggiato già con rivalutazione (per liquidazione all'attualità) il ricorso agli indici FOI, indici nazionali dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, pubblicati dallo ISTAT e reperibili sul sito "istat.it", vengono in rilievo per il calcolo della c.d. somma devalutata. Per calcolare il lucro cessante, invece, si può far ricorso al rendimento medio dei titoli di stato, sul presupposto che il creditore, se avesse potuto disporre della somma l'avrebbe investita in titoli di stato (c.d. "rendistato", pubblicato dalla Banca d'Italia); ovvero applicare il tasso degli interessi legali (come si ritiene corretto fare in questa sede). Ogni calcolo, comunque, deve tener conto che la data di decorrenza di rivalutazione ed interessi è quella del fatto illecito (non essendo necessaria la messa in mora del debitore) e che, inoltre, le operazioni di liquidazione devono essere attualizzate al momento in cui si procede alla determinazione delle somme dovute al danneggiato e, quindi, anche da parte del giudice di II grado ove sia ancora in contestazione la quantificazione del danno (cfr. Cass 13666/2003: "La rivalutazione monetaria e gli interessi costituiscono una componente dell'obbligazione di risarcimento del danno e possono essere riconosciuti dal giudice anche d'ufficio ed in grado d'appello, pur se non specificamente richiesti, atteso che essi devono ritenersi compresi nell'originario "petitum" della domanda risarcitoria, ove non ne siano stati espressamente esclusi"; così anche Cass. 30 agosto 1997 n. 8259, Cass. 2 dicembre 1998 n. 12234; cfr. pure Cass. 20 marzo 2001 n. 3996, Cass. 6 agosto 2001 n. 1085). Il danno liquidato con le tabelle milanesi, come sopra specificato, ammonta a complessivi EURO sul quale vanno calcolati rivalutazione ed interessi come sopra specificato, differenziando due operazioni di calcolo. Quindi, utilizzando comuni strumenti informatici che consentono il calcolo degli interessi legali sul capitale rivalutato in base agli indici istat, con l'interesse calcolato sulla somma rivalutata anno per anno, così come da Cass. Civ. Sez. Un. 17/02/95 n.1712, si ottiene: I° operazione: DEVALUTAZIONE alla data del fatto dannoso:

*Omissis*

II<sup>a</sup> operazione: Calcolo rivalutazione e interessi sulla somma devalutata dalla data del fatto alla sentenza di appello):

*Omissis*

Il totale che spetta alla appellante ammonta, pertanto, a € 169.391,94, secondo la nuova liquidazione compiuta in accoglimento dell'appello. Tuttavia deve tenersi conto che prima della liquidazione da parte di questo Collegio la appellante aveva incassato dalla assicuratrice rca la somma di € 89.505,00 (così rivalutata dal Tribunale al 31.7.2014) a fronte della liquidazione del danno fatta nella sentenza appellata per un totale di € 100.665,79. Su tali considerazioni la sentenza appellata, infine, aveva condannato i convenuti (qui appellati) a pagare la residua somma di € 13.465,95, rivalutata e maggiorata di interessi compensativi al 31.7.2014, che deve essere rapportata ai valori sopra delineati per Istat/F01 dal 31,7.2014 all'attualità, con importo finale di €. 13.585,06, secondo il calcolo che segue:

*Omissis*

Considerato che la suddetta condanna non è stata sospesa ed appare evidente che la appellata l'abbia corrisposta in esecuzione del comando del primo giudice, alla odierna appellante spetta il solo residuo di C. 66.301.88 (risultante dalla sottrazione dall'importo di €169.391,94 di quello di €103.090,06 già incassato). Infine, poiché una volta liquidato, il risarcimento del danno, da credito di valore si trasforma in credito di valuta, sulla somma or ora indicata andranno calcolati gli interessi legali dalla data della presente sentenza sino al saldo. Quindi alla appellante spetta la somma sopra indicata, più interessi legali, che dovrà pagare la società appellata, in solido con il contumace appellato, oltre alle spese del presente grado del giudizio in conseguenza della soccombenza; spese liquidate tenuto conto del valore della controversia (somma riconosciuta in sentenza con importo liquidato = € 169.391,00) e delle attività compiute dal procuratore della parte nel giudizio secondo i parametri ministeriali attualmente in vigore (DM. 55/2014 in vigore dal 3.4.2014). Per il presente grado i parametri consentono la liquidazione di un compenso di € 6.500,00 (determinato in base agli importi tra i minimi ed i medi, per tre fasi processuali senza istruttoria) oltre spese vive ed il rimborso delle spese generali. E' conseguente all'esito del gravame anche la riforma della parte della sentenza di I grado relativa alla regolamentazione delle spese processuali e di ctu, dovendosi provvedere nel senso richiesto dalla appellante con condanna delle parti appellate a corrispondere la quota parte di un terzo già compensata dal tribunale.

P.Q.M.

*(Omissis)*

\*\*\*Nota a sentenza (in breve)

## sommario

Premessa. – **1.** Il danno non patrimoniale ed il problema della quantificazione in via equitativa. – **2.** L'orientamento della Corte di Cassazione. – **3.** La resistenza del Tribunale di Roma. – **4.** La decisione.

## Premessa

Con l'annotata sentenza la Corte d'Appello di Roma è tornata ad occuparsi della necessità di applicare le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano per il risarcimento del danno non patrimoniale, e della possibilità per il Giudice del merito di discostarsene.

### 1. Il danno non patrimoniale ed il problema della quantificazione in via equitativa

Per danno non patrimoniale si intende ogni conseguenza negativa non suscettibile di valutazione economica, che sia conseguenza della lesione di un interesse inerente alla persona e tutelato costituzionalmente. La Suprema Corte di Cassazione con le ormai famose sentenze a Sezioni Unite del 2008 (c.d. di "San Martino")<sup>1</sup>, sul piano qualificativo, sancì definitivamente che il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi alla salute concretamente patiti dal soggetto, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici (danno biologico, morale, esistenziale etc.).

Ma se sul piano della "qualificazione" del danno non patrimoniale il predetto principio è oramai pacifico<sup>2</sup>, maggiori problematiche si sono succedute nel tempo in relazione alla quantificazione dello stesso, quantificazione che i giudici del merito devono compiere in via equitativa per quanto disposto dall'art. 1226 c.c..

La Suprema Corte, difatti, se da un lato ha riconosciuto i danni risarcibili nell'ambito della classificazione bipolare stabilita dal legislatore, riassumendoli tutti nelle due categorie dei danni patrimoniali e dei danni non patrimoniali; dall'altro lato ha precisato che, nel procedere alla quantificazione ed alla liquidazione dell'unica categoria "danno non patrimoniale", il giudice deve comunque tenere conto di tutti gli aspetti del caso concreto. Se, pertanto, debbono essere evitate duplicazioni risarcitorie mediante l'attribuzione di somme separate e diverse in relazione alle diverse voci (sofferenza morale, danno alla salute, danno estetico, etc.), i danni non patrimoniali debbono comunque essere integralmente risarciti nei casi in cui la legge ne ammette la riparazione<sup>3</sup>. In definitiva la valutazione

<sup>1</sup> Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

<sup>2</sup> Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2013, n. 11950; Cass. civ., sez. III, 18 giugno 2015, n. 12594.

<sup>3</sup> Cass. civ., sez. III, 26 maggio 2011, n. 11609, Cass. civ., sez. III,

equitativa deve essere condotta con prudente e ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto, alla stregua della coscienza sociale e della gravità del fatto lesivo, dovendosi evitare quella che viene definita preventiva tariffazione della persona<sup>4</sup>.

## 2. L'orientamento della Corte di Cassazione

La complessità dell' riferita quantificazione, aggravata dall' assenza di tabelle di riferimento predisposte dalla legge come invece accaduto col codice delle assicurazioni in tema di lesioni "micropermanenti", ha fatto sì che in passato si sia proceduto ad applicare criteri di valutazione e/o tabelle diverse sul territorio nazionale con la conseguenza che, a seconda del foro competente a decidere, si è proceduto a liquidazioni difformi per lesioni identiche.

Per ovviare a tali problematiche la Corte di Cassazione ha tentato di individuare regole generalizzate, che da un canto consentissero una verifica preventiva sulla non arbitrarietà dell' accertamento dei Giudici di merito e, dall' altro, favorissero la definizione del danno prima e fuori del processo. Nello specifico la Suprema Corte ha avviato un' opera di unificazione, sul tutto il territorio nazionale, delle modalità di accertamento e di liquidazione dei danni non patrimoniali in modo tale da realizzare l' equazione "a parità di danno – parità di indennizzi". Tale procedimento è culminato con l' individuazione dalle Tabelle predisposte dal Tribunale di Milano quale strumento che qualsiasi giudice di merito può utilizzare per realizzare nel caso concreto quel già citato temperamento tra il principio di omnicomprensività e personalizzazione del danno non patrimoniale. In particolare gl' Ermellini, con due diverse pronunce del 2011 e del 2014, sono arrivati a sostenere che: «Il giudice di merito che si discosti dall' adottare i valori delle Tabelle milanesi, ancorché con provvedimento motivato, decide un capo della pronuncia censurabile ai sensi dell' art. 360, n. 3, c.p.c.»<sup>5</sup> e che: «Le "tabelle" del Tribunale di Milano assumono rilievo, ai sensi dell' art. 1226 cod. civ., come parametri per la valutazione equitativa del danno non patrimoniale alla persona. Ne consegue che la loro erronea applicazione da parte del giudice dà luogo ad una violazione di legge, censurabile in sede di legittimità ai sensi dell' art. 360, n. 3), cod. proc. civ.»<sup>6</sup>.

A parere della Corte di legittimità, la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell' integrità psico-fisica presuppone l' adozione, da parte di tutti i giudici di merito, di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di previsioni normative, vanno individuati in quelli tabellari elaborati

presso il Tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto.

Ebbene, nel corso degl' anni, tale giudizio ha raggiunto un così elevato livello di condivisione che, con la sentenza n. 10263 del 20 maggio 2015, la stessa Suprema Corte così si esprimeva: «Preso atto che le Tabelle di Milano sono andate nel tempo assumendo e palesando una "vocazione nazionale", in quanto recanti i parametri maggiormente idonei a consentire di tradurre il concetto dell' equità valutativa, e ad evitare (o quantomeno ridurre) al di là delle diversità delle condizioni economiche e sociali dei diversi contesti territoriali ingiustificate disparità di trattamento che finiscano per profilarsi in termini di violazione dell' art. 3 Cost., comma 2, questa Corte è pervenuta a ritenerle valido criterio di valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., delle lesioni di non lieve entità (dal 10% al 100%) conseguenti alla circolazione»<sup>7</sup>.

## 3. La resistenza del Tribunale di Roma

Nonostante la strada indicata dalla Corte di Cassazione, il Tribunale di Roma ha continuato ad elaborare delle proprie tabelle di risarcimento del danno non patrimoniale discostandosi da quelle di Milano. Ebbene tali tabelle sono spesso utilizzate proprio dai Giudici del Tribunale capitolino i quali, per motivare le proprie decisioni, oltre al presupposto dell' assenza di disposizioni normative, si rifanno a quella parte della giurisprudenza di legittimità per la quale, qualunque sia il sistema di quantificazione prescelto, è sufficiente che si prospetti idoneo a consentire di pervenire ad una valutazione informata ad equità, con onere per il giudice di dar adeguatamente conto in motivazione del processo logico al riguardo seguito, indicando i criteri assunti a base del procedimento valutativo adottato<sup>8</sup>.

Da ultima si segnala la sentenza n. 10787/2016 pubblicata il 27 maggio 2016, con cui il Tribunale di Roma ha così deciso: «il giudicante ritiene che detti criteri soddisfino correttamente, come più volte riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, i parametri diretti ad un corretto esercizio del potere equitativo di determinazione del danno non ritenendo allo stato condivisibile l' orientamento espresso dalla corte di Cassazione nella decisione della III sezione del 7 giugno 2011, n. 12408 nel quale si individuano dei criteri di riferimento concreti basati su principi che non appaiono al momento essere corrispondente ai valori costituzionali quali la valutazione del danno non patrimoniale secondo un incremento percentuale del biologico fino al 50% per un pregiudizio fino al 33% e fino al 25% per pregiudizio a partire dal 34% e fino al 100%, analogamente a quanto ipotizzato per la personalizzazione, essendo evidente che in presenza di lesioni a interessi costituzionalmente rilevanti

23 settembre 2013, n. 21716; Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2014, n. 8407.

<sup>4</sup> Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2015, n. 12211.

<sup>5</sup> Cass. civ., sez. III, 07 giugno 2011, n. 12408.

<sup>6</sup> Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 4447.

<sup>7</sup> Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2015 n. 10263.

<sup>8</sup> Cass. civ., sez. III, 30 maggio 2014, n. 12265; Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4047; Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2009, n. 1040.

maggiori coincida la necessità di valutazioni che siano funzione diretta del pregiudizio correlabile al danno biologico (non si comprende perché in caso di pregiudizio del 10% possano essere liquidati importi fino al 50% mentre per pregiudizi del 90% possano essere liquidati importi ulteriori fino al 25% e ciò secondo criteri di norma essendo evidente che nei singoli casi si può divergere da tali criteri ma la divergenza deve rimanere la eccezione e non la regola essendo altrimenti errato il criterio) e non secondo criteri di funzionalità inversa (al crescere del primo parametro diminuisce il secondo) come ipotizzato dalle tabelle “Milanesi” cui fa riferimento la decisione citata, scelta che appare di difficile conciliazione con l’articolo 3 della Costituzione».

#### 4. La decisione

La Corte d’Appello di Roma, sposando l’orientamento della Corte di Cassazione, con questa statuizione censura il suddetto atteggiamento del Tribunale capitolino e conferma l’impugnabilità della sentenza con la quale si applichino Tabelle diverse da quelle predisposte dal Tribunale di Milano. Nello specifico la Corte così si è espressa: «Ritiene la Corte che la decisione appellata vada riformata e che, al contrario di quanto statuito dal primo giudice, la liquidazione del danno subito dalla appellante andasse operata in base alle tabelle in uso presso il Tribunale di Milano... omissis... Quindi, applicando le tabelle in uso presso il Tribunale di Milano si dovrà procedere ad una nuova valutazione del danno subito dalla appellante, in ciò adeguandosi ai principi delineati in merito dalla Suprema Corte di Cassazione la quale, dal 2011, ha statuito che, nella liquidazione del danno biologico, quando, come nella fattispecie concreta, 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».

a cura di  
Mario de Bellis  
Avvocato

## Rassegna di legittimità

### Contratti – Rapporto di durata – Pretese creditorie conseguenti – Frazionamento giudiziale – Possibilità – Limiti

*Le Sezioni Unite, componendo il relativo contrasto, hanno sancito la proponibilità, in separati processi, delle domande afferenti diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad uno stesso rapporto di durata tra le parti, altresì precisando che se quei diritti, oltre a derivare da un rapporto siffatto, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque 'fondati' sull'identico fatto costitutivo (sicché il loro separato accertamento provocherebbe una duplicazione di attività istruttoria e la conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale), le relative domande possono formularsi in separati giudizi solo se il creditore agente risulti avere un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, e che, ove la necessità di un tale interesse e la relativa mancanza non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda rilevarle dovrà indicare la relativa questione ex art. 183 c.p.c. e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ex art. 101, comma 2, c.p.c.*

Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, Pres. Canzio, Est. Di Iasi

### Contratto preliminare – Clausola di riserva di nomina di un terzo – Trascrizione del preliminare – Indicazione della clausola nella nota di trascrizione ai fini dell'effetto prenotativo – Necessità – Esclusione

*La Suprema Corte ha sancito che, affinché, in un contratto per persona da nominare, "l'electus" possa godere degli effetti prenotativi del preliminare – anche quanto alle ipoteche iscritte contro il promittente alienante tra la trascrizione del preliminare suddetto e del contratto definitivo – è necessario, ma sufficiente, che la dichiarazione di nomina sia trascritta entro il termine stabilito nel preliminare, e comunque, entro quello ex art. 2645-bis, comma 3, c.c., non occorrendo, altresì, che la riserva di nomina risulti dalla nota di trascrizione del preliminare.*

Cass. civ., sez. II, 24 gennaio 2017, n. 1797, Pres. Matera, Est. Criscuolo

### Diritti della personalità – Rilevazione di dati idonei a rivelare stato di salute o vita sessuale – Attività accessoria ad altra prestazione sanitaria – Notificazione del trattamento ex art. 37, comma 1, lett. b), del d. n. 196 del 2003 – Obbligo – Sussistenza

*La notificazione del trattamento, ex art. 37, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 196 del 2003, va eseguita anche allorché la rilevazione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale avvenga in via accessoria rispetto ad altra prestazione sanitaria, e non in via principale.*

Cass. civ., sez. II, 9 gennaio 2017, n. 188, Pres. Petitti, Est. Oricchio

### Espropriazione presso terzi – Amministratore unico o consigliere di amministrazione di s.p.a. – Natura del rapporto con la società – Limiti di pignorabilità ex art. 545, comma 4, c.p.c. – Inapplicabilità ai compensi per quanto svolto in ambito societario

*Le Sezioni Unite, componendo il relativo contrasto, ed altresì pronunciandosi su questione di massima di particolare importanza, hanno sancito che l'amministratore unico o il consigliere d'amministrazione di una società per azioni sono ad essa legati da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica che si verifica tra persona fisica ed ente, e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso in quelli previsti dall'art. 409, n. 3, c.p.c., sicché i compensi spettanti ai soggetti predetti per le funzioni svolte in ambito societario sono pignorabili senza i limiti previsti dell'art. 545, comma 4, c.p.c.*

Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2017, n. 1545, Pres. Rordorf, Est. Spirito

### Fallimento e procedure concorsuali – Concordato preventivo – Decreto del tribunale che pronuncia sull'omologazione – Ricorribilità ex art. 111 Cost. – Esclusione – Decreto della Corte di appello conclusivo del reclamo avverso lo stesso – Ricorso ex art. 111 Cost. – Ammissibilità

*Le Sezioni Unite, risolvendo la corrispondente questione di massima di particolare importanza, hanno stabilito che il decreto con cui il tribunale definisce, in senso positivo o negativo, il giudizio di omologazione del concordato preventivo, senza emettere consequenziale sentenza dichiarativa di fallimento del debitore, ha carattere decisorio, ma, essendo reclamabile ai sensi dell'art. 183, comma 1, l. fall., non è soggetto a ricorso ex art. 111 Cost., proponibile, invece, avverso il provvedimento della medesima corte conclusivo del giudizio sull'eventuale reclamo.*

Cass. civ., sez. un., 28 dicembre 2016, n. 27073, Pres. Rordorf, Est. De Chiara

#### **Fallimento – Sequestro preventivo antimafia del patrimonio sociale – Sentenza dichiarativa di fallimento – Ammissibilità**

*La Prima Sezione Civile della Corte, pronunciandosi, per la prima volta, sulla corrispondente questione, ha ritenuto l'ammissibilità della dichiarazione di fallimento della società il cui patrimonio sia stato integralmente sottoposto a sequestro preventivo antimafia.*

Cass. civ., sez. un., 12 gennaio 2017, n. 608, Pres. Nappi, Est. Ferro

#### **Fallimento – Società pubbliche costituite in forma di società di capitali – Fallibilità – Sussistenza**

*La Prima Sezione Civile della Corte, ha confermato, in continuità con un precedente orientamento, che le società pubbliche, ivi comprese le società cd. in house providing, sono assoggettabili a fallimento.*

Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, Pres. Nappi, Est. Ferro

#### **Famiglia – Diritto del nato da parto anonimo a conoscere le proprie origini – Sussistenza – limite – Verifica della persistenza della volontà della madre di mantenere l'anonimato – Modalità attuative**

*Le Sezioni Unite, pronunciandosi ex art. 363, comma 1, c.p.c., hanno statuito che, in tema di parto anonimo, per effetto della sentenza delle Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte stessa, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità.*

Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, Pres. Rordorf, Est. Giusti

#### **Impugnazioni civili – Avvocato domiciliario cancellatosi volontariamente dall'albo – Notificazione dell'atto di gravame avvenuta mediante consegna dell'atto al medesimo difensore successivamente a detta cancellazione – Nullità – Fondamento – Conseguenze**

*Le Sezioni Unite, componendo il relativo contrasto, hanno ritenuto che la notifica dell'atto di appello eseguita mediante sua consegna al difensore domiciliario volontariamente cancellatosi dall'albo, prima della notifica medesima ma dopo il deposito della sentenza, è nulla perché indirizzata ad un soggetto non più abilitato a riceverla, in quanto ormai privo dello "ius postulandi", tanto nel lato attivo che in quello passivo, e che tale nullità – ove non sanata, retroattivamente, dalla costituzione spontanea dell'appellato o mediante il meccanismo di cui all'art. 291, comma 1, c.p.c., – determina, altresì, la nullità del procedimento e della sentenza di appello, ma non anche il passaggio in giudicato della decisione di primo grado, dovendo farsi rientrare la cancellazione volontaria suddetta tra le cause di interruzione del processo, sicché il termine di impugnazione non riprende a decorrere fino al relativo venir meno o fino alla sostituzione del menzionato difensore.*

Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 2017, n. 3702, Pres. Rordorf, Est. Manna

#### **Società – Amministratori di società fallita – Azioni di responsabilità – Legittimazione attiva del curatore fallimentare in sede civile e penale – Sussistenza – Danno da pagamento preferenziale – Inclusione**

*Le Sezioni Unite, decidendo la corrispondente questione di massima di particolare importanza, hanno riconosciuto al curatore fallimentare la legittimazione attiva unitaria, in sede penale come in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa nei confronti degli amministratori di qualsivoglia società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del pari concorso dei creditori.*

Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2017, n. 1641, Pres. Di Palma, Est. Nappi

a cura di  
Antonio De Simone  
Avvocato  
Fabrizia Abbate  
Praticante avvocato

## Rassegna di merito

### Ammissione al passivo: possono essere riconosciute le spese di esecuzione sostenute anche dal creditore non fondiario

*La provvisoria assegnazione delle somme in sede di esecuzione individuale può riguardare solo ed esclusivamente il creditore fondiario; di conseguenza in sede di esecuzione individuale possono essere provvisoriamente riconosciuti i crediti, eventualmente anche per spese, del solo creditore fondiario, mentre ogni questione attinente al creditore non fondiario deve essere definitivamente affrontata e risolta in sede di stato passivo e di riparto nel fallimento, ivi compreso il rimborso delle spese esecutive sostenute dal creditore procedente non fondiario.*

*Possono essere ammesse al passivo le spese sostenute dal creditore, non fondiario, in seno alla procedura esecutiva immobiliare poi proseguita dal solo creditore fondiario, ove con il pignoramento e con le spese conseguenti esecutive, il creditore sia riuscito a conservare alla massa attiva fallimentare quel bene, che senza la sua attività avrebbe potuto esserle distolto.*

Trib. Napoli Nord, 16 novembre 2016, Pres. Lamonica - Est. Di Giorgio

### Assegni: la Banca non è responsabile ove l'emissione dei titoli con firma apocriфа sia autorizzata implicitamente dal traente

*La Banca non risponde dell'incasso di titoli con firma apocriфа avvenuto con l'autorizzazione, anche implicita, del legale rappresentante della società traente.*

*La disposizione contenuta nell'art. 50 del codice penale, secondo la quale non è punibile chi lede un diritto con il consenso della persona che può validamente disporre, è espressione di un principio generale di autoreponsabilità, operante anche nella sfera dei diritti privati, che comporta l'esclusione della antiggiuridicità dell'atto lesivo per effetto del consenso del titolare, purché il consenso sia stato validamente prestato ed abbia avuto ad oggetto un diritto disponibile.*

*Anche la prolungata inerzia dell'interessato consente di accertare che l'attività oggettivamente dannosa è stata in realtà posta in essere con il consenso del titolare del diritto leso.*

Trib. Nola, 2 gennaio 2017, Giud. L. Corona

### ATP: inammissibile se finalizzato all'accertamento dell'usura, di pretese restitutive o di non debenza

*Il ricorso ex art 696-bis c.p.c. è inammissibile se finalizzato all'accertamento dell'usura e, quindi, di pretese restitutive o di non debenza in quanto tali questioni presuppongono assorbenti e preliminari valutazioni giuridiche necessarie al fine della stessa formulazione del quesito al ctu, e che risulterebbero indebitamente anticipatorie di un giudizio di merito.*

Trib. Napoli, 20 febbraio 2017, Giud. F. Como

### Contratti bancari: il deposito realizza un "valido equivalente" della firma mancante

*Per i contratti per i quali è richiesta la forma scritta ad substantiam, non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contratti.*

*La produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha firmata, così come qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizza un "valido equivalente" della sottoscrizione mancante, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta.*

Trib. Modena, 24 ottobre 2016, Giud. A. Rimondini

### Crediti professionali avvocato: per superare l'eccezione di prescrizione presuntiva, deferibile giuramento decisorio de scientia

*In tema di prescrizione presuntiva degli onorari dovuti al difensore della società fallita, in ragione delle prestazioni*

professionali rese, l'unico rimedio concretamente esperibile al fine di superare l'eccezione sollevata, in assenza di idonei atti interruttivi, è il deferimento del giuramento decisorio de scientia e non già de veritate.

*Il termine triennale di prescrizione degli onorari professionali dovuti all'avvocato, decorre dalla decisione della lite, dalla conciliazione delle parti o dalla revoca del mandato e, per gli affari non terminati, dall'ultima prestazione resa.*

Trib. Trani, 5 gennaio 2017, Pres. Sardone, Rel. Infantini

### Fondo patrimoniale: ai fini della revocatoria è sufficiente la consapevolezza del fideiussore di pregiudicare ragioni del creditore

*Essendo la costituzione di un fondo patrimoniale un atto a titolo gratuito e rientrando nelle ipotesi delineate dal legislatore ai sensi dell'art 2901, comma 1, n. 1), c.c., ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria è sufficiente la sussistenza del solo requisito soggettivo della consapevolezza del fideiussore di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore, mentre non necessita di prova la sussistenza in capo al terzo del pregiudizio arrecato alla creditrice, requisito invece richiesto nel caso di negozi a titolo oneroso come evidenziato dal n. 2) dell'art. 2901 c.c.*

Trib. Padova, 18 giugno 2016, Giud. G. Bertola

### Indebito bancario: inammissibile l'uso delle scritture di raccordo

*Il correntista nel rispetto del principio dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. deve a supporto della propria pretesa allegare l'andamento del conto corrente dall'inizio del rapporto, onde verificare, l'eventuale scostamento della banca dalle pattuizioni intercorse. Non può, quindi, limitarsi ad invocare l'astratta inapplicabilità delle poste passive, ma deve fornire tutti gli elementi necessari per verificare la fondatezza della sua domanda.*

*Pertanto, la mancata produzione da parte del correntista degli estratti conto in serie continuativa non permette al CTU di effettuare una ricostruzione del rapporto, epurata dalla applicazione delle spese non concordate per iscritto, interessi superiori al tasso legale e interessi capitalizzati trimestralmente ovvero annualmente, oggettiva ed attendibile.*

*Non è possibile utilizzare scritture di raccordo in quanto la mancanza rende la CTU non oggettiva ed non attendibile.*

Trib. Benevento, 18 gennaio 2016, Giud. V. Andricciola

### Interessi maggioritari ex art. 1284, comma 4, c.c.: sempre dovuti in ipotesi domanda di pagamento degli interessi legali

*In materia di interessi legali ai sensi dell'art 1284, comma 4, c.c., la liquidazione degli interessi "maggiorati" non è subordinata alla specifica richiesta del creditore, essendo sul punto sufficiente una mera domanda di pagamento degli interessi legali.*

*L'individuazione della disciplina degli interessi concretamente applicabile alla fattispecie è un'operazione di qualificazione giuridica della domanda di esclusiva pertinenza dell'autorità giudicante, da orientare secondo il parametro lex specialis derogat lex generalis.*

Trib. Firenze, 24 gennaio 2017, Giud. A. Ghelardini

### Leasing: a fronte di pretesa ritentiva di terzo ex art. 2756 c.c., il lessor può chiedere al curatore di acquisire il bene al fallimento

*Avverso la pretesa creditoria di un soggetto terzo al rapporto di leasing ed alla connessa pretesa ritentiva del bene già oggetto del rapporto di locazione finanziaria, previo deposito tempestivo della domanda di rivendicazione, il lessor può chiedere al curatore di procedere alle fasi di inventariazione del bene, ai sensi degli artt. 87, 88 l.fall., all'attivo del fallimento, onde escluderne la disponibilità nei confronti del preteso creditore.*

*L'art. 53 l.fall., se pure riconosce ai creditori privilegiati assistiti dal diritto di ritenzione, la possibilità di procedere, pendente la procedura concorsuale, alla vendita del bene, non configura questa facoltà come esplicazione di autotutela in senso proprio, come avviene al di fuori del fallimento, richiedendo l'accertamento del credito nelle forme della insinuazione allo stato passivo ed assoggettando la vendita del bene gravato dal privilegio, alla autorizzazione ed ai criteri direttivi del giudice delegato, a fronte della concorrente legittimazione del curatore; onde il ricavato dalla vendita, quand'anche il bene gravato sia venduto direttamente dal creditore, non viene immediatamente incassato in via auto-satisfattiva del medesimo, ma ripartito attraverso il piano di riparto, nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.*

Trib. Termini Imerese, 2 febbraio 2017, Giud. E. Piazza

### Mediazione: il termine assegnato dal giudice per l'avvio del procedimento è perentorio

*Il termine di quindici giorni per la presentazione dell'istanza di mediazione, previsto dall'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010, ha, in ragione della sua funzione e delle conseguenze decadenziali che il suo mancato rispetto determinano, natura perentoria.*

*Il mancato rispetto del termine fissato, comporta la necessità per il giudice di emettere una pronuncia di rito, contenente la declaratoria della improcedibilità del processo.*

Trib. Cagliari, 8 febbraio 2017, Giud. I. Tamponi

### **Mutuo: l'omessa indicazione dell'indicatore sintetico di costo non ne inficia la validità**

*La mancata indicazione, in un contratto di mutuo, del tasso annuo effettivo globale, avendo la sola funzione di rappresentarlo attraverso un unico dato numerico, non assurge a causa di nullità del titolo esecutivo, non potendo sostenersi che quest'ultimo sia difforme dal contenuto negoziale minimo previsto dall'art. 3, sezione III, capitolo 1, titolo X delle Istruzioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia il 25 luglio 2003, ove il contratto e l'accluso documento di sintesi, riportino tutte le condizioni economiche occorrenti per determinare il costo globale del finanziamento.*

*L'omessa indicazione nel contratto di mutuo dell'indicatore sintetico di costo non ne inficia la validità, costituendo quest'ultimo, al pari del documento di sintesi, uno strumento di carattere informativo, come emerge dall'art. 9, sezione II, capitolo 1, titolo X delle predette Istruzioni della Banca d'Italia, ma non un requisito tassativo ed indefettibile del regolamento negoziale, giacché non richiamato dall'art. 3, sezione III.*

Trib. Salerno, 31 gennaio 2017, Giud. A. Brancaccio

### **Opposizione a D.I.: il giudice deve pronunciarsi sulla pretesa creditoria anche se il provvedimento è inefficace**

*L'inefficacia del decreto ingiuntivo opposto per tardività della sua notificazione non impedisce, nel caso di opposizione da parte dell'ingiunto, di costituzione dell'opposto creditore e di riproposizione della domanda da parte di quest'ultimo, la decisione da parte del giudice dell'opposizione in merito all'esistenza del diritto già fatto valere attraverso il ricorso per ingiunzione; in altre parole, la notificazione tardiva del decreto ingiuntivo oltre il termine di sessanta giorni dalla pronuncia (rectius: dal deposito) comporta, ai sensi dell'art. 644 c.p.c., l'inefficacia del provvedimento, vale a dire rimuove l'intimazione di pagamento con esso espressa e osta al verificarsi delle conseguenze che l'ordinamento vi correla, ma non tocca, in difetto di previsione in tal senso, la qualificabilità del ricorso per ingiunzione come domanda giudiziale; ne deriva che, ove su detta domanda si costituisca il rapporto processuale, ancorché su iniziativa della parte convenuta (in senso sostanziale), la quale eccepisca quell'inefficacia, il giudice adito, alla stregua delle comuni regole del processo di cognizione, ha il potere-dovere non soltanto di vagliare la consistenza dell'eccezione, ma anche di decidere sulla fondatezza della pretesa avanzata dal creditore ricorrente.*

Trib. Torino, 7 novembre 2016, Giud. E. Di Capua

### **PCT: l'istanza di visibilità del fascicolo telematico equivale a conoscenza legale degli atti del procedimento**

*L'accoglimento dell'istanza di visibilità del fascicolo telematico depositata dal procuratore della parte rappresentata è idonea a far ritenere che quest'ultima abbia avuto conoscenza legale degli atti del procedimento ed a far, conseguentemente, decorrere il termine per l'impugnazione.*

*La notificazione può trovare equipollenti in altri atti o fatti giuridici che siano idonei ad assicurare una conoscenza effettiva e piena del provvedimento, analoga a quella che si produce con detta comunicazione.*

Trib. Rieti, 20 ottobre 2016, Pres. Rel. L. Centofanti

### **Usura: gli interessi di mora devono essere considerati autonomamente ai fini della verifica di usurarietà**

*Essendo pacifica la diversa natura degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, se ne deve concludere che dovendo ciascuna tipologia separatamente rispettare il tasso soglia, se sono usurari solo gli interessi moratori, solo questi ultimi non siano dovuti, in applicazione analogica dell'art. 1815, comma 2, c.c.*

*La soluzione adottata da Banca d'Italia, di applicare per gli interessi moratori uno specifico tasso soglia, aumentato rispetto a quello previsto per i corrispettivi non è condivisibile: l'art. 2 l. n. 108/1996 prevede un solo tasso effettivo globale medio, in base al quale calcolare un unico tasso soglia, quindi, l'unica applicabile anche per gli interessi moratori è quella calcolata in base all'unico Tegn rilevato dal MEF.*

*Sono sempre dovuti gli interessi corrispettivi anche in ipotesi di una clausola contrattuale relativa ai moratori non rispettosa del tasso soglia vigente quando venne stipulato il contratto.*

Trib. Napoli, 17 gennaio 2017, Giud. E. Pastore Alinante

### **Usura: per i rapporti esauriti prima del 2010 non deve tenersi conto delle CMS**

*La commissione di massimo scoperto, intesa come obbligazione pecuniaria restitutoria aggiuntiva, dovuta dal cliente bancario, allorché lo stesso abbia utilizzato credito sforando il limite di fido concessogli dall'istituto di credito, è compatibile con l'esercizio dell'autonomia contrattuale a condizione che le parti abbiano previsto espressamente modalità obiettive e criteri per assicurarne la conoscibilità e determinabilità.*

*La CMS, applicata fino all'entrata in vigore dell'art. 2-bis del d.l. n. 185 del 2008, introdotto con la legge di conversione n. 2 del 2009, è "in tesi" legittima, almeno fino al termine del periodo transitorio, fissato al 31 dicem-*

*bre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il tasso effettivo globale medio (TEGM) – dal 1997 al dicembre del 2009 – sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario (essendo ciò avvenuto solo dall'1 gennaio 2010); ne consegue che l'art. 2-bis del d.l. n. 185, cit. non è norma di interpretazione autentica dell'art. 644, comma 3, c.p., ma disposizione con portata innovativa dell'ordinamento, intervenuta a modificare – per il futuro – la complessa disciplina, anche regolamentare (richiamata dall'art. 644, comma 4, c.p.), tesa a stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono presuntivamente sempre usurari. Ne deriva, inoltre, che, per i rapporti bancari esauritisi prima del 1° gennaio 2010, allo scopo di valutare il superamento del tasso soglia nel periodo rilevante, non deve tenersi conto delle CMS applicate dalla banca ma occorre procedere ad un apprezzamento nel medesimo contesto di elementi omogenei della remunerazione bancaria, al fine di pervenire alla ricostruzione del tasso soglia usurario.*

Trib. Crotone, 2 gennaio 2017, Giud. A. Angiuli

## Diritto e procedura penale

<i>MARKET ABUSE: NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO</i> .....	46
di Luigi Giordano e Andrea Nocera	
<b>PRIME INDICAZIONI SUL NUOVO DELITTO DI INQUINAMENTO AMBIENTALE.</b> <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. III penale, 3 novembre 2016, n. 46170</i> .....	55
di Fabiana Pomes	
<b>I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI</b> .....	67
a cura di Angelo Pignatelli	
<b>RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ</b> .....	71
a cura di Andrea Alberico	
<b>RASSEGNA DI MERITO</b> .....	74
a cura di Giuseppina Marotta	

## Market abuse: *Ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio

### abstract

*The fight against Market abuse is set on dual proceedings, within which the same fact could be both criminal and administrative offence.*

*On 2014 EHRC, in case Grande Stevens c/ Italia, established that this model is contrary to the “bis in idem” prohibition. On November, 2016 the EHCR, in case “A. e B. c/Norway” switched its mindset and established that Contracting States should be able legitimately to choose complementary legal responses to offensive conduct through different procedures. The conduct of dual proceedings, with the possibility of different cumulated penalties was foreseeable for the applicant.*

*It is not injured the “bis in idem” prohibition if the States organize an integrated system for criminal and administrative proceedings, which must be conducted in parallel and interconnected (“sufficiently close connection, in substance and in time”), regarding the proportionality of the overall punishment inflicted.*

### keywords

*Market abuse – Dual administrative and criminal proceedings – Ne bis in idem – Integrated system of procedures conducted in parallel and interconnected – Proportionate overall punishment.*

### abstract

*La repressione degli abusi di mercato è articolata sul sistema del “doppio binario”, nel quale i medesimi fatti possono integrare al tempo stesso illeciti penali ed amministrativi. Nel 2014 la Corte eur. dir. uomo, con la nota sentenza “Grande Stevens contro Italia”, ha affermato che questo modello si pone in contrasto con il divieto di bis in idem di cui all’art. 4, par. 7, CEDU. Nel novembre 2016, la Corte di Strasburgo, con la sentenza A. e B. contro Norvegia, ha mutato avviso, ritenendo che la previsione di un doppio binario processuale per “lo stesso fatto” costituisce scelta legislativa insindacabile, in quanto circostanza prevedibile per il contribuente. Non vi è, dunque, violazione del principio quando le norme nazionali prevedono uno sviluppo parallelo e la connessione tra procedimenti e garantiscono il rispetto del criterio di proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta. Il Tribunale di Milano ha colto immediatamente le implicazioni del revirement giurisprudenziale.*

### parole chiave

*Market abuse – Doppio binario sanzionatorio – Ne bis in idem – Sviluppo parallelo e connessione tra procedimenti – Proporzionalità della sanzione.*

### sommario

Premessa. – **1.** Il rapporto tra gli illeciti penali e quelli amministrativi: la frizione con il principio del *ne bis in idem*. – **2.** Il caso Grande Stevens c. Italia. – **3.** Le diverse soluzioni prospettate. – **4.** La sentenza della Corte Cost. n. 102/2016. – **5.** La sentenza Corte Costituzionale n. 200 del 2016. – **6.** I primi riflessi della giurisprudenza costituzionale nelle decisioni della Cassazione penale. – **7.** Le questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione civile. – **8.** Il caso A. e B. contro Norvegia: una nuova definizione per la garanzia convenzionale. – **9.** I primi riflessi della nuova sentenza: l’ordinanza del Tribunale di Milano del 6 dicembre 2016. – **10.** Gli scenari futuri.

### Premessa

Il d.lgs. n. 58 del 1998, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (in seguito t.u.f.), disciplina in modo severo gli abusi di mercato, prevedendo, in primo luogo, due reati<sup>1</sup>. L’abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 184 d.lgs. n. 58/1998 può assumere natura di delitto (se la condotta concerne gli strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato o per i quali è stata presentata la richiesta di tale ammissione, art. 1, c. 2, t.u.f.) ovvero di contravvenzione (qualora l’azione concerna operazioni sugli strumenti finanziari di cui all’art. 180, c. 1, lettera a), numero 2), dello stesso t.u.f., cioè strumenti ammessi alla negoziazione in un sistema multilaterale). La manipolazione del mercato, incriminata dall’art. 185 t.u.f., analogamente, può presentare natura contravvenzionale o delittuosa in base allo strumento finanziario oggetto della condotta.

Con la riforma del testo unico compiuta dalla legge 18 aprile 2005, n. 62 sono stati introdotti anche due

<sup>1</sup> Per una ricostruzione della disciplina sanzionatoria in tema di abusi di mercato si veda S. GIAVAZZI, *L’abuso di informazioni privilegiate*, in G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPÀRIA, *Diritto penale delle società*, Milano, 2016, 637 e ss.

illeciti amministrativi, i quali si affiancano alle fattispecie penali, che ricalcano anche nella denominazione.

L'art. 187-*bis* t.u.f., con una sanzione pecuniaria fino a € 15 milioni, punisce l'abuso di informazioni privilegiate (cioè, l'acquisto, la vendita o il compimento di altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi su strumenti finanziari da parte chiunque sia in possesso di tali informazioni per la sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio)<sup>2</sup>.

Il secondo illecito amministrativo, disciplinato dall'art. 187-*ter* t.u.f., è la manipolazione di mercato: con una sanzione fino a € 5 milioni è punito chiunque, tramite mezzi d'informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari<sup>3</sup>.

Questa complessa disciplina<sup>4</sup> deriva dall'adeguamento del diritto interno alle indicazioni della Direttiva Ce n. 2003/6/CE del Parlamento e del Consiglio e n. 2003/124/CE della Commissione, che dettano regole tese ad armonizzare la legislazione penale negli Stati europei. La materia delle sanzioni in tema di *market abuse*, infatti, è di interesse unionale. La disciplina comunitaria in materia di abuso di mercato, peraltro, è stata riformata dal reg. Ue 596/2014 e dalla dir. Ue 2014/57/UE<sup>5</sup>.

### 1. Il rapporto tra gli illeciti penali e quelli amministrativi: il conflitto con il principio del *ne bis in idem*

La legge n. 62 del 2005, recependo la dir. Ce

<sup>2</sup> È punito inoltre anche chi comunica informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio o ancora raccomanda o induce altri, sulla base di esse, il compimento di taluna delle operazioni predette.

<sup>3</sup> Al compimento degli illeciti penali e amministrativi illustrati, infine, segue la confisca obbligatoria del prodotto e del profitto conseguito, anche per equivalente.

<sup>4</sup> Il sistema repressivo è completato dalle sanzioni che possono colpire l'ente. Oltre alla specifica sanzione prevista dall'art. 187-*quinquies* t.u.f. per gli illeciti commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, i reati di cui agli artt. 184 e 185 t.u.f., in forza della previsione dell'art. 25-*sexies* d.lgs. n. 231 del 2001, in via generale costituiscono presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente.

<sup>5</sup> Per l'analisi delle nuove disposizioni europee e per la valutazione delle necessità di adeguamento del diritto interno si veda C. BRUSEGAN, *Nuove frontiere in materia di insider trading: verso una regolamentazione omogenea*, in *Arch. pen.* 2015, 1; F. MUCCIARELLI, *L'insider trading nella rinnovata disciplina ue sugli abusi di mercato*, in *Società*, 2016, 2, 193; *Id.*, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 settembre 2015. Al contenuto delle disposizioni europee gli Stati dovevano adeguarsi entro il 3 luglio 2016.

2003/6/CE, ha realizzato un modello sanzionatorio definito in gergo "doppio binario" cd. cumulativo<sup>6</sup>. Sono stati introdotti, infatti, illeciti amministrativi che, nella struttura e finanche nella denominazione, ricalcano in gran parte quelli penali e, quindi, ben possono colpire i medesimi fatti materiali. Tale scelta legislativa, come è facilmente comprensibile, ha determinato il contrasto con il divieto di *bis in idem* previsto dall'art. 4, prot. 7, CEDU e, in ambito euro-unitario, dall'art. 50 cost. Ue<sup>7</sup>.

La Corte Giust., adita con lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 T.F.U.E., con una nota decisione<sup>8</sup>, ha affermato che la direttiva citata non esclude che due diverse sanzioni possano colpire lo stesso comportamento. Nella sentenza è stato precisato che «l'art. 14, n. 1, della direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri di prevedere sanzioni penali nei confronti degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limita ad affermare che tali Stati sono tenuti a garantire che "possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione di [tale] direttiva", essendo gli Stati membri, inoltre, tenuti a garantire che queste misure siano "efficaci, proporzionate e dissuasive"».

La Corte, però, ha anche avvertito gli Stati sul fatto che le sanzioni amministrative, se particolarmente affittive, possono essere qualificate come di natura penale. In tal caso, l'interprete è tenuto ad attuare i rimedi necessari a far fronte alla violazione del divieto di *bis in idem*, tenendo conto anche della necessità di garantire efficacia, proporzionalità e dissuasività alla risposta sanzionatoria in tema di abusi di mercato.

L'orientamento della Corte Giust., poi, è stato precisato da una successiva decisione, peraltro intervenuta in tema di imposta sul valore aggiunto<sup>9</sup>. Secondo que-

<sup>6</sup> Si segnala che un indirizzo dottrinario (A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. contemp.*, 9 marzo 2014) ha suggerito che il cumulo sanzionatorio potrebbe essere evitato in forza di un'interpretazione adeguatrice delle norme sanzionatorie in tema di *market abuse* alla luce delle sentenze della Corte di Strasburgo. È stato ravvisato un nesso di sussidiarietà tra l'illecito amministrativo e quello penale in tema di manipolazione del mercato che si desumerebbe dall'*incipit* dell'art. 187-*ter* t.u.f. «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato». Secondo questa lettura, l'applicazione degli illeciti amministrativi dovrebbe essere limitata ai soli casi non rientranti nelle corrispondenti fattispecie penali.

<sup>7</sup> Secondo questa disposizione, «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Per la portata del principio si veda G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio (art. 7 Cedu)*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano*, Padova, 2016, 516 ss.

<sup>8</sup> Corte Giust., sez. III, 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group N.V. c. CBFA*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 761.

<sup>9</sup> Si allude a Corte Giust., Grande sezione, 26 febbraio 2013, cau-

sta pronuncia, l'art. 50 cost. Ue non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali; tuttavia, qualora alla sovrattassa debba riconoscersi natura punitivo - affittiva secondo i criteri fissati, in termini generali, proprio dall'art. 50 cost. Ue e questa sia divenuta definitiva, la disposizione citata osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona. Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni amministrative e penali «a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

La Corte Giust., dunque, ha accolto un'interpretazione restrittiva del principio del *ne bis in idem*, ritenendo legittima la facoltà di apprestare una pluralità di sanzioni eterogenee in relazione al medesimo fatto, ma richiedendo al giudice nazionale di bilanciare il divieto di un secondo giudizio con la necessità di garantire un adeguato apparato sanzionatorio.

## 2. Il caso Grande Stevens c. Italia

La questione del rispetto del divieto di *bis in idem* da parte della disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato, successivamente, è stata affrontata dalla Corte eur. dir. uomo in tema di manipolazione di mercato nel famoso caso Grande Stevens<sup>10</sup>. La vicenda, in estrema sintesi, riguardava l'irrogazione nei confronti dei ricorrenti – persone fisiche ed enti – di sanzioni amministrative pecuniarie, alle quali erano state aggiunte sanzioni interdittive. Nonostante queste sanzioni, era iniziato anche un giudizio penale che aveva portato alla condanna per il reato di manipolazione del mercato. I ricorrenti, pertanto, hanno lamentato di essere stati vittime di una violazione del principio *ne bis in idem*.

Su questo specifico punto, il Governo italiano ha replicato sostenendo che gli art. 2 e 4 del Prot. n. 7 si

applicano solo agli illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana definisce penali. La legge italiana, tuttavia, non definisce penali gli illeciti sanzionati dalla Consob.

La Corte eur. dir. uomo ha premesso che si debba considerare di natura penale una sanzione che sia qualificata tale dalla norma che la prevede o, in alternativa, che si debba tener conto della natura della violazione o della natura, scopo e gravità della sanzione. Questi criteri, elaborati fin dalla nota sentenza Engel ed altri contro Paesi Bassi del 8 giugno 1976<sup>11</sup>, sono alternativi, ma possono essere utilizzati anche cumulativamente, se l'analisi separata di ognuno di essi non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un'accusa in materia penale.

Il carattere penale di un procedimento, in particolare, è desumibile dalla gravità della sanzione di cui è astrattamente passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione inflitta alla fine del giudizio<sup>12</sup>.

Sulla base di queste premesse, la Corte europea ha stabilito che, nel caso al suo vaglio, all'esito di un procedimento amministrativo condotto dalla Consob, erano state irrogate sanzioni che, sebbene definite amministrative, dovevano qualificarsi di natura penale in considerazione del loro penetrante rilievo affittivo. Il successivo procedimento penale per il reato di cui all'art. 184 t.u.f., pertanto, era da ritenersi relativo agli stessi fatti, che avevano già condotto ad una prima condanna definitiva. Ne è derivata, secondo la sentenza, una violazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4, prot. 7, CEDU.

Secondo la Corte eur. dir. uomo, in particolare, «la questione non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla Consob e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta». Dovendo rilevarsi detta identità, non può che concludersi per la violazione del divieto dapprima indicato.

## 3. Le diverse soluzioni prospettate

La sentenza “Grande Stevens” è stata oggetto di notevoli discussioni tese a valutarne i riflessi nel di-

sa C-617/10, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1, 114. Per un commento a questa decisione si veda M. PIAZZA, *Il principio del ne bis in idem nella sentenza CGUE*, in *Quest. Giust.* 22 marzo 2013.

<sup>10</sup> Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in *Foro it.*, 2015, 3, 4, 129. Per i primi commenti si veda, tra gli altri M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.* 2014, 614 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario sanzionatorio”: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano. Atti dell'incontro di studio: Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno*, in *www.cortedicassazione.it*, 23 giugno 2014; G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “Materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 3/2014; A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per la violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, cit.

<sup>11</sup> Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel ed altri contro Paesi Bassi, serie A, n. 22, in *Foro it.*, 1977, IV, 1.

<sup>12</sup> Il principio, è stato, inoltre, espresso, tra le altre, con le sentenze Corte eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, Nykanen contro Finlandia, in *Arch. pen.* (web), ove la Corte ha precisato che i consolidati “Engel criteria” sono da ritenersi tra loro alternativi e non cumulativi, essendo sufficiente che il «reato» in causa sia di natura penale rispetto alla Convenzione; Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2014, Lucky Dev contro Svezia, in *Dir. pen. contemp.* 11 dicembre 2014, con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in cui la Corte fornisce l'interpretazione del concetto di “stesso fatto”, presupposto per l'applicazione del divieto di una seconda condanna di cui al citato art. 4, prot. 7; Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2009, nella causa Sergey Zolotukin c. Russia, ove si evidenzia la sufficienza del riferimento al fatto storico-naturalistico.

ritto interno<sup>13</sup>, che non sono circoscritti al tema degli abusi di mercato, ma riguardano tutti gli ambiti in cui è disciplinato un doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale. Al riguardo, sono state ipotizzate diverse soluzioni.

Un primo indirizzo ha prospettato una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.: il divieto di un doppio giudizio contemplato da questa norma del codice di rito non riguarderebbe solo le condanne penali, ma si applicherebbe anche nel caso di provvedimenti che, pur non essendo qualificati come di natura penale dalla legge, presentano tale valenza dal punto di vista sostanziale<sup>14</sup>. Quest'interpretazione, tuttavia, si pone in contrasto con la lettera della norma del codice, la quale si riferisce solo ai reati<sup>15</sup>.

In analogia a quanto prospettato per l'art. 649 c.p.p., comunque, in qualche caso è stata adottata un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 669 c.p.p., in tema di "pluralità di sentenze irrevocabili per il medesimo fatto contro la stessa persona", chiamando il giudice dell'esecuzione a rimuovere la sentenza meno favorevole<sup>16</sup>.

Un altro orientamento sostiene che l'art. 649 c.p.p., norma nazionale che limita l'area applicativa del principio del *ne bis in idem*, debba essere disapplicata direttamente dal giudice nazionale perché in contrasto con l'art. 50 cost. Ue<sup>17</sup>. Secondo questa opinione, l'u-

nica alternativa alla disapplicazione sarebbe rappresentata dalla proposizione di un rinvio pregiudiziale alla Corte Giust. ai sensi dell'art. 267 tr. Ce per evidenziare il contrasto tra la normativa euro-unitaria in tema di divieto di secondo giudizio e le regole interne. In questo caso sarebbe la Corte europea a definire i criteri per superare la frizione tra l'ordinamento interno e quello nazionale<sup>18</sup>. Il limite di questa soluzione è rappresentato dal fatto l'applicazione diretta dell'art. 50 cost. Ue presuppone che la materia ricada nel campo di applicazione del diritto dell'Unione Europea.

L'ultima soluzione, infine, reputa necessaria la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ravvisando la violazione del parametro di cui all'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 4, prot. 7, CEDU. Questo indirizzo applica le sentenze della Corte Costituzionale che hanno affermato il valore di norme interposte delle disposizioni della CEDU<sup>19</sup>.

#### 4. La sentenza della Corte cost. n. 102/2016

La questione di costituzionalità è stata proposta dalla V Sezione penale della Corte di Cassazione<sup>20</sup> e dalla Sezione tributaria della medesima Corte<sup>21</sup>, in entrambi i casi proprio in tema di condotte di abuso.

La Corte Cost., con la sentenza n. 102 del 2016<sup>22</sup>,

cont., 2014, III-IV., p. 219; Id., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit.

<sup>18</sup> La dottrina (A. LIPPOLIS, *Ne bis in idem e illeciti finanziari: un'analisi alla luce di Corte cost 102/2016 e della nuova disciplina euro unitaria sul Market abuse*, in *Federalismi.it*, 21 settembre 2016) avverte che il primo elemento di criticità ad un'applicazione diretta dell'art. 50 cost. Ue si rinviene nella divergenza di opinioni tra la Corte Giust. e la Corte eur. dir. uomo in merito alla portata del *ne bis in idem*. La Corte Giust., infatti, ha accolto una nozione restrittiva del principio del *ne bis in idem*, non perché ha ritenuto legittima la facoltà di apprestare una pluralità di sanzioni eterogenee in relazione al medesimo fatto, quanto per aver richiesto al giudice nazionale di bilanciare il divieto di un secondo giudizio con la necessità di adeguate sanzioni residuali.

<sup>19</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Corr. giur.*, 2008, 2, p. 185; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Corr. giur.*, 2008, 2, p. 193. È stato efficacemente precisato (A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *www.giustamm.it*) che la CEDU «resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale».

<sup>20</sup> Cass. pen., sez. V, ord. 10 novembre 2014, n. 1782, in *Foro it.*, 2015, 3, 2, p. 147. Per un commento all'ordinanza si veda S. RICCIO, *Ne bis in idem e market abuse: quali prospettive (aspettando la Consulta)*, in *Proc. pen. contemp.* 2015 (4), p. 185 ss.; M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 novembre 2014.

<sup>21</sup> Cass., Sez. trib., ord. 6 novembre 2014, n. 950, in *Boll. trib.*, 2016, 4, p. 292. Per un commento all'ordinanza si veda S. GUIZZI, *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, in *Corr. Giur.* 2015, p. 597 ss.

<sup>22</sup> Corte cost., 8 marzo 2016, n. 102, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>13</sup> Si veda, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, V, p. 855; G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte eur. dir. uomo condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.* 2014, IX, p. 3099; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il "non detto" delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, III, p. 740; N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem" tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, I, p. 215; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, V, p. 1196.

<sup>14</sup> F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. contemp.* 16 maggio 2016. Questa interpretazione si fonda sulla portata generale del principio del *ne bis in idem*, che è stato applicato anche oltre le ipotesi di precedente pronuncia irrevocabile. Secondo Cass. pen., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, P.G. in proc. Donati e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 669, infatti, non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo sia semplicemente pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m. Nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità.

<sup>15</sup> In questi termini, Cass. pen., 21 aprile 2016, n. 1315, in *Dir. pen. contemp.*, 11 luglio 2016, con nota F. VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*

<sup>16</sup> Cfr. Cass. pen., 13 marzo 2015, n. 12590, in *C.E.D. Cass. pen.* 2015

<sup>17</sup> F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte eur. dir. uomo)*, in *Dir. pen.*

ha dichiarato inammissibile la questione formulata in via principale dalla Quinta sezione penale per difetto di rilevanza<sup>23</sup>. In ipotesi di giudizio penale avente ad oggetto il reato di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 t.u.f.), per disciplinare il concorso di norme con la corrispondente fattispecie di illecito amministrativo, il giudice rimettente chiedeva di inserire nell'art. 187-bis t.u.f. la clausola di sussidiarietà "salvo che il fatto costituisca reato". Secondo la Consulta, la disposizione che prevede l'illecito amministrativo, tuttavia, va applicata nel procedimento amministrativo di irrogazione della sanzione e non assume alcun ruolo nel processo penale in corso. La Corte, poi, ha aggiunto che un ipotetico accoglimento della questione non avrebbe impedito la prospettata violazione del diritto convenzionale: nell'ipotesi in cui la precedente sanzione amministrativa comminata dalla Consob fosse stata revocata ex art. 30, c. 4, legge n. 87/1953 in conseguenza della pronuncia della Corte cost., il processo penale instaurato nei confronti dell'imputato (già sottoposto a precedente procedimento amministrativo) si sarebbe comunque dovuto celebrare e concludere, così contribuendo alla violazione dell'art. 4, prot. 7, CEDU, che vieta non già l'irrogazione di una doppia sanzione, ma la stessa celebrazione di un secondo processo per il medesimo fatto.

La Corte Cost. ha reputato inammissibile anche la questione di costituzionalità dell'art. 649 c.p.p., sollevata in via subordinata, sempre per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 4, prot. 7, CEDU, nella parte in cui la disposizione impugnata non prevede «l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale» ai sensi della CEDU e dei suoi protocolli. La Consulta ha rilevato che l'eventuale intervento additivo richiesto sull'art. 649 c.p.p. avrebbe avuto unicamente l'effetto di impedire la celebrazione o la conclusione di un secondo procedimento o processo per il medesimo fatto, senza però determinare alcun ordine di priorità tra sanzione penale e amministrativa. In tale modo, però, la determinazione della concreta risposta sanzionatoria deriver-

rebbe dalla circostanza aleatoria di quale dei due procedimenti sanzionatori venga definito più celermente. L'accoglimento della questione avrebbe semplicemente impedito l'irrogazione della seconda sanzione, ma non determinato l'inserimento nell'ordinamento di rimedio strutturale contro la prospettiva di un doppio procedimento per lo stesso fatto. Un simile rimedio sarebbe, infatti, assicurato solo da un intervento legislativo di riforma dell'attuale sistema sanzionatorio degli abusi di mercato.

La Corte Cost. ha giudicato inammissibile anche la questione di legittimità costituzionale prospettata dalla Sezione tributaria civile della Cassazione. In questo caso, si trattava di un giudizio relativo all'impugnazione di sanzioni irrogate dalla Consob ai sensi dell'art. 187-ter t.u.f. per condotte di manipolazione del mercato, per il quale i ricorrenti avevano già patteggiato una pena, divenuta nel frattempo definitiva, ai sensi della parallela disposizione incriminatrice di cui all'art. 185 t.u.f. La Corte ha ravvisato il carattere «dubitativo e perplesso» della motivazione dell'ordinanza, che non scioglieva in particolare i dubbi, se la soluzione apparentemente imposta dalla Corte eur. dir. uomo risultasse compatibile con gli obblighi di repressione degli abusi di mercato imposti dal diritto dell'Unione europea, «dubbi che dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata»<sup>24</sup>.

## 5. La sentenza Corte Cost. n. 200 del 2016

Pochi mesi dopo la sentenza appena illustrata è intervenuta un'altra importante decisione della Consulta che ha affrontato il tema del rapporto tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 4, prot. n. 7, CEDU. Si allude alla sentenza della Corte cost. 31 maggio 2016, n. 200, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 4, prot. n. 7, CEDU, nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

<sup>23</sup> Sulla sentenza della Corte Cost. si veda F. POLEGRI, *Il principio del ne bis in idem al vaglio della Corte costituzionale: un'occasione persa*, in *Giur. it.*, 2016, VII, p. 1711; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit., secondo cui «la Corte ha evidentemente deciso ... di non decidere, almeno per ora, una questione spinosa, verosimilmente in attesa di ulteriori sviluppi sul fronte della legislazione nazionale (è ormai imminente l'esercizio della delega conferita con la legge n. 114/2015 per la riforma della disciplina in materia di abusi di mercato)»; F. PEPE, *Ne bis in idem "europeo" e sanzioni sul market abuse: dall'inammissibilità delle questioni di costituzionalità alcuni spunti sul versante tributario*, in *rivistadirittributario.it*, 23 maggio 2016.

<sup>24</sup> Anche in materia di illeciti tributari, la Corte cost., ord. 8 marzo 2015, n. 112, in *www.cortecostituzionale.it*, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata da Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, dell'art. 649 c.p.p., «in relazione all'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata applicata, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale» ai sensi della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. In questo caso, la Corte ha sottolineato che il rimettente avrebbe dovuto considerare le complesse ricadute nel giudizio *a quo* della riforma operata con d.lgs. n. 158/2015, «che ha profondamente innovato da un punto di vista sistematico il rapporto tra gli illeciti penali e amministrativi in questione».

Dinanzi al Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Torino, in particolare, era stata proposta richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato, dirigente di stabilimenti della società Eternit, per il delitto di omicidio doloso per la morte da amianto di 258 persone. In relazione alla medesima condotta, la stessa persona, in un precedente giudizio, era già stata prosciolta per prescrizione dai reati previsti dagli artt. 434, c. 2 e 437, c. 2, c.p.

Il G.U.P. ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. con riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 4, prot. n. 7, CEDU, sostenendo che, mentre la giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo ravvisa l'identità del fatto sulla base della mera identità dell'azione o dell'omissione per la quale la persona è già stata irrevocabilmente giudicata, il diritto vivente interno esige l'identità del fatto giuridico da valutarsi sulla base del confronto tra «condotta – evento – nesso di causa». Nel caso in esame, pertanto, non potrebbe trovare applicazione l'art. 649 c.p.p. perché gli eventi giuridici cagionati dalla condotta omissiva dell'imputato sarebbero «plurimi»; il delitto di omicidio doloso, infatti, appartiene a un «tipo legale» diverso dai reati di disastro doloso e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, per i quali è già stata dichiarata la prescrizione; questi ultimi sono reati di pericolo, e non di danno; la morte non è elemento costitutivo della fattispecie, come nell'omicidio; è tutelato il bene giuridico dell'incolumità pubblica anziché quello della vita.

Il giudice rimettente, inoltre, ha rilevato che il reato di omicidio si pone in concorso formale con quelli puniti dagli artt. 434 e 437 c.p., quando, come è accaduto nel caso di specie, il primo e i secondi sono commessi con un'unica azione od omissione. Tale circostanza, secondo un orientamento consolidato, preclude l'applicazione dell'art. 649 c.p.p.

Quanto alla prima questione, che è quella che qui interessa, la Corte Costituzionale ha ritenuto errata la tesi prospettata. La giurisprudenza di Strasburgo, infatti, nell'interpretare i presupposti del divieto di *bis in idem*, ha accolto una concezione naturalistica del fatto, ma non restringe quest'ultimo alla sola azione od omissione dell'agente, esigendo invece la valutazione anche dell'identità della condotta e dell'evento, secondo le modalità con cui esso si è concretamente prodotto. La Consulta, pertanto, ha escluso la sussistenza di un contrasto tra l'art. 649 c.p.p. e la normativa interposta convenzionale, perché entrambe recepiscono lo stesso criterio dell'*idem factum*, non obbligando la giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo a escludere l'evento in senso naturalistico dagli elementi che permettono di identificare il medesimo fatto.

Diversa invece la valutazione della Corte in relazione al secondo aspetto di contrasto tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 4, prot. n. 7, CEDU, concernente la regola, enucleata dal diritto vivente nazionale, che vieta di

applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto di una nuova azione del pubblico ministero.

Al riguardo, la Corte ha rilevato che il diritto vivente ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale portato dal divieto di *bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sull'identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. Questa interpretazione rende effettivo il contrasto tra l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre un concorso formale di reati tra *res iudicata* e *res iudicanda*, e l'art. 4, prot. n. 7, CEDU, che vieta invece di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo.

Sotto questo profilo, dunque, la questione è stata ritenuta fondata dalla Corte delle leggi.

Per effetto di questa pronuncia di illegittimità costituzionale, di volta in volta, l'Autorità giudiziaria dovrà confrontare il fatto storico, così come descritto all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con quello posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione, ravvisando la medesimezza solo se riscontra la coincidenza della condotta, dell'evento e del rapporto di causalità, non precludendo il concorso formale l'applicazione del divieto di *bis in idem*.

## 6. I primi riflessi della giurisprudenza costituzionale nelle decisioni della Cassazione penale

Le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale hanno avuto un'immediata ricaduta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale non in tema di sanzioni penali per la violazione delle regole del mercato, ma in materia di reati tributari. Anche questo settore, com'è noto, è disciplinato secondo un modello sanzionatorio articolato sul cd. doppio binario<sup>25</sup>. L'analisi di queste decisioni, pertanto, appare utile per cogliere l'affermazione di regole che possono trovare applicazione anche in tema di *market abuse*.

In una decisione<sup>26</sup>, adottata in un procedimento relativo ad un fatto di omesso versamento dell'iva ai sensi dell'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 per il quale erano già state irrogate sanzioni amministrative dall'amministrazione fiscale, la Suprema Corte, richiamando la motivazione della sentenza della Corte Cost. n. 102 del 2016, ha rilevato che si presenta erronea l'estensione applicativa del divieto di doppio giudizio di cui all'art. 649 c.p.p. alla fattispecie concreta in esame. Il tenore letterale di tale disposizione, unitamente al quadro sistematico in cui si colloca, «preclude un'interpretazione ... che ne estenda l'ambito applicativo a

<sup>25</sup> M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen. (Web)*, 2015, I.

<sup>26</sup> Cass. pen., 21 aprile 2016, n. 25815, in *Fisco*, 2016, 29, p. 2878.

sanzioni irrogate l'una dal giudice penale, l'altra da un autorità amministrativa».

Sempre in questa sentenza, la Corte ha fissato un importante principio, certamente estendibile anche agli abusi di mercato: la questione della violazione del divieto del doppio giudizio non può essere affrontata nei casi in cui manca la prova della definitività della sanzione amministrativa.

Questa stessa soluzione interpretativa, già manifestata in precedenza<sup>27</sup>, è stata espressa, anche in altre decisioni<sup>28</sup>. Va rilevato, peraltro, che l'analisi della Corte si è posta esclusivamente in un'ottica processuale, relativa ai rapporti tra il procedimento amministrativo e quello penale, individuando nella mancata dimostrazione della sussistenza della definitività del provvedimento irrogativo della sanzione amministrativa il profilo che preclude di affrontare il tema del divieto del doppio giudizio. Queste decisioni, invece, non hanno affrontato l'altro aspetto, indispensabile perché la questione abbia rilievo, rappresentato dall'apprezzamento dell'effettiva portata afflittiva delle sanzioni tributarie irrogate, cioè la loro natura sostanzialmente "penale" ai sensi dell'art. 7 CEDU<sup>29</sup>. Sovente nei ricorsi le difese vagamente sostengono che «le sanzioni amministrative tributarie sono certamente afflittive e vanno qualificate come vere e proprie pene, in quanto misure aventi carattere sanzionatorio e repressivo»<sup>30</sup>.

## 7. Le questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione civile

La Sezione tributaria della Corte di Cassazione<sup>31</sup>, raccogliendo le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale, con due successive ordinanze ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sul tema sollecitando un'interpretazione dell'art. 50 cost. Ue rispettosa del divieto di doppio giudizio posto dall'art. 4, prot. 7, CEDU.

In particolare, Sez. T, ordinanza n. 20675/2016<sup>32</sup>,

<sup>27</sup> cfr., Cass. pen., 11 febbraio 2015, n. 19334, Andreatta, in *Corr. trib.*, 2015, 28, p. 2197.

<sup>28</sup> Cass. pen., 12 maggio 2016, n. 27814, inedita; Cass. pen., 13 luglio 2016, n. 42470, inedita; Cass. pen., 15 gennaio 2016, n. 1376, inedita; Cass. pen., 13 luglio 2016, n. 38134, inedita.

<sup>29</sup> Sulla nozione di "pena" elaborata dalla Corte di Strasburgo, si veda F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

<sup>30</sup> Cass. pen., 13 luglio 2016, n. 42470, cit.

<sup>31</sup> Cass. civ., Sez. T, ord. 20 settembre 2016, n. 20675, in *Dir. pen. contemp.*, 17 ottobre 2016, con nota F. VIGANÒ, *A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*.

<sup>32</sup> Il caso riguardava l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 187-ter t.u.f. nei confronti dell'amministratore di due società per condotte di manipolazione del mercato consistite in operazioni speculative volte a sostenere le quotazioni delle azioni di una società editoriale di primaria rilevanza per finalità personali e nella diffusione di informazioni al pubblico che alimentavano le aspettative di una "scalata" ostile,

ha evidenziato la necessità di una lettura del principio unionale del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 50 cost. Ue che si riallinei al corrispondente principio posto dalla CEDU, al fine di rilevare il contrasto tra le regole interne e la normativa europea in tema di divieto di secondo giudizio.

La medesima questione interpretativa è stata riproposta da Sez. II, ordinanza n. 23232/2016, che ha sollecitato un'interpretazione dell'art. 50 cost. Ue che definisca l'ambito di operatività del principio del *ne bis in idem* in caso di fatti originanti cumulo di sanzioni penali ed amministrative, per i quali intervenga giudicato penale di assoluzione, tenuto conto del richiamo ai limiti di pena posti dalla dir. Ue 2014/57/UE<sup>33</sup>.

In entrambe le ordinanze è stato posto l'accento sulla mancata previsione nell'ordinamento interno di una norma che ampli la sfera applicativa del suddetto principio anche ai casi di interferenza e sovrapposibilità tra sanzione penale ed amministrativa, non potendo estendersi a tali casi il divieto di un doppio giudizio previsto dall'art. 649 c.p.p., cui viene riconosciuto un ambito limitato al processo penale. La previsione di un doppio binario sanzionatorio ed il cumulo delle sanzioni, penale ed amministrativa, quando quest'ultima presenti una sostanziale afflittività, si presenta non compatibile con i principi sovranazionali sopra richiamati.

## 8. Il caso A. e B. contro Norvegia: una nuova definizione per la garanzia convenzionale

In attesa dell'intervento del legislatore, sollecitato dalla Corte Costituzionale<sup>34</sup>, e delle decisioni della Corte Giust. è intervenuta su questi stessi temi una nuova decisione della Corte eur. dir. uomo. Si allude alla sentenza del 15 novembre 2016, nelle cause n. 24130/11 e 29758/2011, A. e B. contro Norvegia<sup>35</sup>, nella quale la Corte di Strasburgo ha fissato i limiti e le condizioni di legittimità del regime del doppio binario

tali da provocare l'anomalo andamento del titolo. Al medesimo soggetto era stata applicata su richiesta una pena detentiva ed irrogate le prescritte pene accessorie interdittive, per il reato, tra gli altri, di cui agli artt. 81 c.p. e 185 t.u.f. La pena era stata, poi, dichiarata estinta per l'indulto di cui alla legge n. 241 del 2006.

<sup>33</sup> La dir. Ue n. 2014/57, insieme al reg. Ue n. 596/2014, ha riformulato in modo organico la disciplina comunitaria in materia di abuso di mercato, pur senza escludere la possibilità di un sistema fondato sul cd. doppio binario sanzionatorio, sembra prescrivere l'alternatività tra i due modelli.

<sup>34</sup> È stato suggerito (A. LIPPOLIS, *Ne bis in idem e illeciti finanziari: un'analisi alla luce di Corte cost 102/2016 e della nuova disciplina euro unitaria sul Market abuse*, cit.) che l'intervento legislativo potrebbe intervenire in sede di attuazione della dir. Ce 2014/57.

<sup>35</sup> Il caso riguardava due cittadini norvegesi, rispettivamente titolari di società di investimenti, una registrata a Gibilterra e l'altra, di diritto lussemburghese, registrata a Samoa, condannati entrambi, in procedimenti separati, a pene detentive per il reato di frode fiscale aggravata e destinatari di sanzioni tributarie per omessa dichiarazione di redditi.

sanzionatorio alla luce del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 4, prot. 7, CEDU<sup>36</sup>.

La Corte ha ribadito che la scelta legislativa di ciascuno Stato di prevedere un doppio binario, penale ed amministrativo, per lo “stesso fatto”, come interpretato dalla richiamata giurisprudenza della CEDU, non può essere suscettibile di sindacato e non è in contrasto con il divieto di doppio giudizio sancito dall'art. 4, prot. 7, CEDU.

È, infatti, insita in ogni sistema processuale la possibilità di regolare la condotta socialmente pericolosa secondo un doppio processo (penale/amministrativo) e di irrogare sanzioni di tipo diverso, tra loro variamente cumulate o combinate, ovvero di dare priorità nella trattazione al più grave e socialmente riprovevole aspetto concernente la frode.

Come detto, la Corte ha indicato i requisiti e le condizioni che legittimano le scelte legislative interne in tema di doppio binario sanzionatorio.

In particolare, l'attuazione del principio si realizza attraverso lo svolgimento parallelo e sincronico dei procedimenti, una interconnessione (*in essence complementary and linked in time*) che consenta l'integrazione procedimentale, per la quale i fatti accertati in un procedimento siano considerati nell'altro<sup>37</sup>.

A tal fine, la Corte ha enumerato le condizioni che consentono di attuare tale connessione:

- la persecuzione di scopi complementari, non solo in astratto, ma anche in concreto, nella punizione dei differenti aspetti del fatto illecito;
- la prevedibilità per il contribuente del doppio binario sanzionatorio, sia per legge che di fatto, per il medesimo illecito;
- una adeguata interazione tra i procedimenti in modo tale da evitare, per quanto possibile, duplicazioni nella raccolta e la valutazione delle prove;
- un meccanismo di compensazione che assicuri che l'importo complessivo delle eventuali sanzioni irrogate sia proporzionato (*the overall amount of any penalties imposed is proportionate*).

Lo sviluppo in modo prevedibile e proporzionato dei diversi piani procedimentali elide il rischio di una ingiusta duplicazione della sanzione. Il giudice penale deve tener conto, in sede di determinazione della pena, della sanzione amministrativa già irrogata nel separato procedimento tributario in via definitiva,

<sup>36</sup> Tra i primi commenti alla sentenza della Corte eur. dir. uomo si veda, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. contemp.*, 18 novembre 2016; Confalonieri, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 dicembre 2016.

<sup>37</sup> La necessità di una “stretta connessione sostanziale e temporale” tra i procedimenti – *a sufficiently close connection in substance and in time* – era già stata espressa da CEDU, 13 dicembre 2005, n. 73661/01, caso Nilsson v. Sweden.

e, viceversa, l'autorità amministrativa della sanzione penale inflitta.

## 9. I primi riflessi della nuova sentenza: l'ordinanza del Tribunale di Milano del 6 dicembre 2016

La nuova prospettiva aperta dalla Corte eur. dir. uomo è stata immediatamente seguita da un provvedimento del Tribunale di Milano<sup>38</sup>. Il Tribunale, con questa decisione, ha respinto la richiesta di adozione di una sentenza pre-dibattimentale di improcedibilità *ex art. 649 c.p.p.* (o, in alternativa, di rinvio pregiudiziale alla Corte giust.) in un processo per il delitto di manipolazione del mercato (art. 185 t.u.f.) i cui imputati, per i medesimi fatti, erano già stati condannati dalla Consob alla sanzione amministrativa pecuniaria *ex art. 187-ter*, c. 3, lett. a) e b), t.u.f. nonché alla sanzione accessoria *ex art. 187-quater*, c. 1, t.u.f.

In particolare, dopo aver ricostruito il mutato quadro normativo euro-unitario seguito alla dir. Ue 2014/57/UE e al reg. Ue 596/2014 e dopo aver illustrato la predetta sentenza della Corte eur. dir. uomo, ha ritenuto sussistenti nella disciplina degli abusi di mercato i presupposti per l'operatività tanto delle sanzioni penali, quanto di quelle amministrative escludendo l'applicazione il principio del *ne bis in idem*.

La duplicazione di procedimenti, infatti, essendo prevista per legge, è una conseguenza prevedibile per l'autore della condotta.

La connessione tra il procedimento penale e quello amministrativo avente per il medesimo fatto, inoltre, è evidente, perché gli elementi acquisiti nel procedimento amministrativo per mezzo dei poteri istruttori della Consob *ex art. 187-octies* t.u.f. confluiscono in quello penale, mentre nella fase preliminare dei procedimenti sono previsti scambi di informazioni tra l'Authority e la Procura della Repubblica. Qualora il processo penale raggiunga la fase dibattimentale, poi, le relazioni dei funzionari della Consob sono utilizzabili ai fini di prova nella parte relativa al rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari. Gli esiti dell'istruttoria dibattimentale, invece, possono essere valorizzati nel corso del procedimento di cui all'art. 187-septies t.u.f.

La sanzione inflitta nel procedimento che per primo giunge a conclusione, infine, rileva nel momento dell'applicazione della seconda. L'art. 187-terdecies t.u.f., infatti, assicura la sottrazione, dalla pena pecuniaria irrogata dal giudice penale, della somma già inflitta a titolo di sanzione amministrativa.

<sup>38</sup> Tribunale Milano, Sez. I, 6 dicembre 2016 (ord.), in *Dir. pen. contemp.*, 23 dicembre 2016, con nota di E. Fusco, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*.

## 10. Gli scenari futuri

La Corte eur. dir. uomo, dunque, ha fornito la chiave interpretativa per una lettura del divieto di doppio giudizio posto dall'art. 50 cost. Ue conforme al principio del *ne bis in idem* espresso dall'art. 4, prot. 7, CEDU. In tal senso, la Corte di Strasburgo accede ad una tesi che è aderente all'interpretazione di queste disposizioni fornita, come è stato illustrato in precedenza, proprio dalla Corte Giust.

Il principio espresso appare di portata generale, sicché trova applicazione anche oltre la materia degli illeciti in tema di mercato, operando in ogni ambito ordinamentale in cui ricorre un sistema fondato sul doppio binario sanzionatorio. La novità è rappresentata dalla precisazione dei confini entro i quali le scelte normative dei singoli Stati possono ritenersi legittime: la previsione di più sanzioni di natura eterogenea risponde ad esigenze di efficienza e perseguimento di plurimi scopi retributivi, ma al contempo deve essere garantita la complementarietà e connessione temporale tra i procedimenti, al fine di evitare una esposizione del ad incertezze e ritardi oltre tempi ragionevoli dei procedimenti del cittadino interessato.

Il Tribunale di Milano, con l'ordinanza illustrata, ha mostrato di aver immediatamente compreso il sen-

so della pronuncia, la quale, peraltro, richiamando parametri connotati da una certa indeterminatezza, non esclude la necessità di un intervento normativo, teso a portare una chiarezza definitiva sul tema del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato.

L'occasione per il legislatore è certamente rappresentata dall'adeguamento alla dir. Ue n. 2014/57/CE che, nel riformulare in modo organico insieme al reg. Ue n. 596/2014 la disciplina comunitaria in materia di abuso di mercato, pur senza escludere la possibilità di un sistema fondato sul cd. doppio binario sanzionatorio, sembra prescrivere l'alternatività tra i due modelli. Il considerando n. 22 e quello n. 23, infatti, richiamano gli Stati membri ad adottare legislazioni che non violino il principio del *ne bis in idem*. In particolare, le condotte illecite commesse con dolo dovrebbero essere punite come illeciti penali, almeno nei casi gravi, mentre le sanzioni amministrative dovrebbero essere riservate alle situazioni in cui non sia comprovato il dolo o in quelli relativi agli illeciti qualificati come non gravi. Nell'ottica del legislatore comunitario, comunque, l'incriminazione penale delle più gravi ipotesi di *market abuse* è essenziale ai fini di un'adeguata attuazione della politica dell'Unione europea in materia di tutela del mercato finanziario.

Fabiana Pomes

Abilitata all'esercizio della professione forense e Diplomata presso la scuola di specializzazione per le professioni legali

## Prime indicazioni sul nuovo delitto di inquinamento ambientale.

*Nota a Corte di Cassazione, Sez. III penale, 3 novembre 2016, n. 46170*

### abstract

*The formulation of the Article 452-bis C.P. is the result of a recent regulatory intervention, that distinguishing a neat break with the pre-existing structure of the environmental criminal law, determines an adjustment of the internal discipline for the European regulatory landscape. However, the use of the legislator of indeterminate formulas and elastic terms, raises the issue to identify the actual scope of the application.*

*To ensure the understanding of the criminal law and the substantial negative values of the conduct, the Supreme Court rules in judgment. n. 46170/2016, defining and delimiting misunderstanding normative concepts.*

### keywords

*Environmental pollution – Significant and countable alteration – Compromised – Deterioration – Not irreparable – Abusive conduct.*

### abstract

*La formulazione dell'art. 452-bis c.p. è il risultato di un recente intervento normativo che, segnando una netta discontinuità rispetto al previgente assetto del diritto penale ambientale, determina un adeguamento della disciplina interna al panorama normativo europeo. Tuttavia, stante l'utilizzo del legislatore di formule indeterminate e di termini elastici, con riguardo ad essa si pone il problema di individuarne la reale portata applicativa.*

*Per garantire la conoscibilità della norma penale e dell'effettivo disvalore della condotta, la Corte di Cassazione si pronuncia con la sent. n. 46170/2016, così definendo e delimitando alcuni concetti normativi scarsamente univoci.*

### parole chiave

*Inquinamento ambientale – Alterazione significativa e misurabile – Compromissione – Deterioramento – Non irrimediabilità – Condotta abusiva.*

### Delitto di inquinamento ambientale – Compromissione – Deterioramento – Abusività

*La “compromissione” o il “deterioramento”, di cui al delitto di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p., consistono in una alterazione, significativa e misurabile, della originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema che si caratterizza, nel caso della “compromissione” in una condizione di squilibrio funzionale, nel caso del “deterioramento” in uno squilibrio strutturale. Non occorre, invece, che la modifica dell'ambiente sia connotata da tendenziale irrimediabilità.*

*La condotta abusiva, richiesta per l'integrazione del delitto in esame, comprende non soltanto quella svolta in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime, ma anche quella posta in essere in violazione di leggi regionali o statali, pur non strettamente pertinenti al settore ambientale, o ancora di prescrizioni amministrative.*

Cass. pen., sez. II., 3 novembre 2016, n. 46170

Pres. Amoroso, Rel. Ramacci

*(Omissis)*

### Svolgimento del processo

1. Il Tribunale della Spezia, con ordinanza del 22/1/2016 ha accolto l'istanza di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo emesso in data 29/12/2015 dal Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale ed avente ad oggetto una porzione di fondale ed un cantiere, ipotizzandosi, a carico di F.S., progettista e direttore dei lavori di dragaggio del “molo Garibaldi” e del “molo Fornelli”, il reato di inquinamento ambientale di cui all'art. 452-bis c.p., concretatosi nell'aver omesso di rispettare le norme progettuali, provocando dispersione di sedimenti nelle acque circostanti, conseguente trasporto degli inquinanti in essi contenuti (idrocarburi e metalli pesanti) e tali da cagionare un deterioramento ed una compromissione significativa delle acque del golfo di La Spezia.

Avverso tale pronuncia propone ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale, deducendo i motivi di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p.

2. Con un unico motivo di ricorso deduce la violazione dell'art. 321 c.p.p. in relazione all'art. 452-*bis* c.p., osservando che il Tribunale ha riconosciuto l'astratta configurabilità, nella fattispecie, degli elementi costitutivi del reato oggetto della provvisoria incolpazione, fatta eccezione per il deterioramento significativo delle acque, che ha invece escluso con giudizio che, secondo il Pubblico Ministero ricorrente, avrebbe travalicato l'ambito della limitata cognizione attribuita al giudice del riesame, sconfinando in un pieno giudizio di merito.

Aggiunge che le valutazioni effettuate dal Tribunale, avuto riguardo agli esiti delle indagini in corso, sarebbero comunque in contrasto con quanto stabilito dall'art. 452-*bis* c.p. ed, inoltre, che i giudici del riesame, sempre sulla base di quanto accertato, avrebbero in ogni caso potuto qualificare diversamente i fatti come delitto tentato o, al più, come contravvenzione in relazione all'art. 674 c.p.

Insiste, pertanto, per l'accoglimento del ricorso.

Il Procuratore Generale, nella sua requisitoria scritta, ha invece concluso per il rigetto del ricorso.

In data 20/9/2016 la parte offesa L.O., tramite il proprio difensore, depositava memoria difensiva a sostegno delle proprie ragioni.

### Considerato in diritto

1. Il ricorso è fondato nei termini di seguito specificati.

Va premesso che la vicenda in esame, per quanto è dato rilevare dal ricorso e dall'ordinanza impugnata, unici atti ai quali questa Corte ha accesso, è caratterizzata dalle seguenti principali scansioni fattuali.

Nell'ambito di operazioni di dragaggio, finalizzate all'attuazione di un progetto di bonifica dei fondali dei moli "Fornelli" e "Garibaldi", la ditta incaricata, come documentato da diverse annotazioni del Corpo Forestale e della Capitaneria di Porto, avrebbe violato palesemente le prescrizioni progettuali, le quali prevedevano particolari accorgimenti per limitare l'intorbidimento delle acque, quali la presenza di una vasca d'acqua a bordo della draga per poter lavare la benna prima di ogni immersione e la predisposizione di un sistema di conterminazione per evitare la dispersione della torbidità nelle acque circostanti, costituito da elementi galleggianti in poliuretano (panne) ai quali sono fissati elementi verticali in poliestere resinato (gonne), che scendono verso il fondo al quale devono essere solidarizzati. Le gonne, inoltre, dovevano essere giuntate tra loro con nastro in polipropilene e tratteneute al fondo con ancore piombi e, in caso di rottura degli elementi del sistema, il dragaggio avrebbe dovuto

essere interrotto per il tempo necessario alla riparazione. L'area di lavoro andava inoltre delimitata con un sistema a «panne fisse» galleggianti ancorate a corpi in cemento armato di 8.000 Kg posti sul fondale.

Il Tribunale, indicando nel dettaglio le ulteriori prescrizioni finalizzate a minimizzare gli effetti dell'attività, precisa che, in occasione di diversi sopralluoghi, si era accertato che le gonne non risultavano affatto ancorate al fondo e risultavano essere emerse in superficie a causa delle turbolenze provocate dall'elica del rimorchiatore, con la conseguenza che, ad ogni azione della benna dell'escavatore, veniva sversata al di fuori delle panne una considerevole quantità di fango, registrandosi, quindi, elementi di torbidità estremamente elevati e superiori al consentito, come documentato dalle verifiche effettuate dall'ARPAL.

I giudici del riesame danno altresì atto di altri dati fattuali, tra i quali assumono rilievo, per ciò che concerne la vicenda in esame: la documentata presenza, nell'area da bonificare, di sedimenti fino a 100 cm. che denotano una significativa contaminazione di metalli pesanti ed idrocarburi policiclici aromatici (viene, a tale scopo, testualmente citato il contenuto del progetto di bonifica); la piena consapevolezza, da parte dei responsabili dell'azienda incaricata dei lavori, della condotta abusiva, tanto che, essendo costoro avvisati preventivamente dall'ARPAL dei futuri controlli, sospendevano momentaneamente i lavori per non innalzare il livello di torbidità (il Tribunale indica le dichiarazioni di una persona informata sui fatti).

Emerge, inoltre, dal ricorso, che le modalità di esecuzione dei lavori erano conseguenza di una precisa scelta imprenditoriale, il cui fine era quello di concludere celermente l'intervento, abbattendo i costi ed ottenendo, così, un maggiore profitto e che detta attività, all'atto del sequestro, si era protratta per oltre dieci mesi.

Il Pubblico Ministero ricorrente evidenzia anche che il livello di torbidità delle acque conseguente alla dispersione dei fanghi inquinanti risultava, rispetto a quello verificato quando l'attività veniva svolta nell'osservanza delle prescrizioni, fino a 30 volte superiore per il molo "Garibaldi" e fino a 4,8 volte per il molo "Fornelli", evidenziando, però, che le indagini avevano consentito di accertare che i dati forniti dall'ARPAL erano comunque minimizzanti.

Sulla base dei dati appena sintetizzati, dunque, il Tribunale ha fondato il proprio giudizio, escludendo la sussistenza del *fumus* del reato per le ragioni indicate in premessa ed oggetto di censura in ricorso.

2. Occorre a questo punto verificare se, come lamentato dal Pubblico Ministero ricorrente, i giudici del riesame abbiano effettivamente travalicato l'ambito della cognizione loro attribuita dalla legge, sconfinando in un giudizio di merito.

La risposta non può che essere negativa.

Secondo i condivisibili principi affermati dalla giu-

risprudenza di questa Corte, infatti, la valutazione della sussistenza del *fumus commissi delicti* demandata al giudice del riesame va effettuata mediante una verifica puntuale e coerente delle risultanze processuali, esaminando, conseguentemente, non solo le allegazioni probatorie del Pubblico Ministero ma anche le confutazioni e gli altri elementi offerti dalla difesa degli indagati (ex pl., Sez. 6, n. 49478 del 21/10/2015, P.M. in proc. Macchione, Rv. 265433; Sez. 5, n. 49596 del 16/9/2014, Armento, Rv. 261677; Sez. 5, n. 28515 del 21/5/2014, Ciampani e altri, Rv. 260921; Sez. 4, Sentenza n. 15448 del 14/3/2012, Vecchione, Rv. 253508; Sez. 3, n. 27715 del 20/5/201 O, Barbano, Rv. 248134; Sez. 3, n. 26197 del 5/5/201 O, Bressan, Rv. 247694; Sez. 3, n. 18532 del 11/3/201 O, D'Orazio, Rv. 247103, con ampi richiami ai precedenti)

Quanto alla valutazione sull'elemento soggettivo del reato si è ripetutamente affermato che il controllo demandato al giudice del riesame sulla concreta fondatezza dell'ipotesi accusatoria secondo il ricordato parametro del *fumus* del reato può riguardare anche l'eventuale difetto dell'elemento soggettivo, purché di immediato rilievo (Sez. 6, n. 16153 del 6/2/2014, Di Salvo, Rv. 259337; Sez. 2, n. 2808 del 2/10/2008, (dep. 2009), Sedino, Rv. 242650; Sez. 4, n. 23944 del 21/5/2008, Di Fulvio, Rv. 240521; Sez. 1, n. 21736 del 11/5/2007, Citarella, Rv. 236474. Si veda anche Corte Cost. ord. 157, 18 aprile 2007, menzionata in gran parte delle ricordate decisioni).

Il sequestro preventivo è legittimamente disposto in presenza di un reato che risulti sussistere in concreto, indipendentemente dall'accertamento della presenza dei gravi indizi di colpevolezza o dell'elemento psicologico, atteso che la verifica di tali elementi è estranea all'adozione della misura cautelare reale (Sez. 6, n. 45908 del 16/10/2013, Orsi, Rv. 257383; Sez. 6, n. 10618 del 23/2/201 O, P.M. in proc. Olivieri, Rv. 246415; Sez. 1, n. 15298 del 4/4/2006, Bonura, Rv. 234212 ed altre prec. conf.).

3. Date tali premesse, deve osservarsi che, nella fattispecie, il Tribunale ha certamente fatto buon uso dei suddetti principi, che pure ha richiamato, procedendo ad una completa verifica, sulla base degli elementi posti a sua disposizione, della sussistenza degli elementi costitutivi del reato ipotizzato, tra i quali ovviamente rientra anche l'evento, che però ha motivatamente escluso.

Così operando, il Tribunale non ha travalicato i limiti della propria cognizione, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, né può dirsi che abbia operato una valutazione piena del merito, essendosi limitato a rilevare, sulla base dei dati disponibili e sotto il profilo del *fumus* del reato, l'assenza di una compromissione o di un deterioramento consistente e quantificabile.

4. Questione diversa è, invece, quella concernente la correttezza dell'interpretazione dell'art. 452-*bis* c.p. offerta dai giudici del riesame.

Va ovviamente dato atto della circostanza che trattasi di questione nuova, dal momento che la richiamata disposizione è stata, come noto, introdotta con la legge 22 maggio 2015 n. 68, la quale ha disposto l'inserimento nel codice penale, nel Libro Secondo, della Parte Sesta-*bis* relativa ai delitti contro l'ambiente rispetto ai quali neppure la dottrina, nei contributi sinora offerti, è pervenuta a conclusioni univoche.

Tale novità richiede, pertanto, un minimo approfondimento.

5. l'art. 452-*bis* c.p. così dispone: È punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 100.000 chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili:

- 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo;
- 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna.

Quando l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata.

Il Tribunale del riesame ha, in primo luogo, ritenuto sussistente il requisito della "abusività" della condotta, sul presupposto che l'attività veniva svolta in spregio alle prescrizioni imposte dal progetto di bonifica.

Pare dunque opportuno ricordare, in relazione al requisito dell'abusività della condotta (richiesto anche da altre disposizioni penali), che con riferimento al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, originariamente sanzionato dall'art. 53-*bis* del d.lgs. 22/97 ed, attualmente, dall'art. 260 del d.lgs. 152/06, si è recentemente ricordato (sez. 3, n. 21030 del 10/3/2015, Furfaro ed altri, non massimata) che sussiste il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti – idoneo ad integrare il delitto – qualora essa si svolga continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni, il che si verifica non solo allorché tali autorizzazioni manchino del tutto (cosiddetta attività clandestina), ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime e comunque non commisurate al tipo di rifiuti ricevuti, aventi diversa natura rispetto a quelli autorizzati.

La sentenza, nella quale vengono escluse violazioni dei principi costituzionali rispetto ad eventuali incertezze interpretative connesse, tra l'altro, alla portata del termine «abusivamente», segue ad altre, in parte citate, nelle quali si è giunti alle medesime conclusioni (Sez. 3, n. 18669 del 8/1/2015, Gattuso, non massimata; Sez. 3, n. 44449 del 15/10/2013, Ghidoli, Rv. 258326; Sez. 3, n. 19018 del 20/12/2012 ( dep. 2013), Accarino e altri, Rv. 255395; Sez. 3, n. 46189 del 14/7/2011, Passariello e altri, Rv. 251592; Sez. 3, n. 40845 del 23/9/2010, Del Prete ed altri, non massimata ed altre prec. conf.).

Tali principi sono senz'altro utilizzabili anche in relazione al delitto in esame, rispetto al quale deve peraltro rilevarsi come la dottrina abbia, con argomentazioni pienamente condivisibili, richiamato i contenuti della direttiva 2008/99/CE e riconosciuto un concetto ampio di condotta "abusiva", comprensivo non soltanto di quella posta in essere in violazione di leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ma anche di prescrizioni amministrative.

Alla luce di tali considerazioni le conclusioni assunte sul punto dal Tribunale risultano del tutto legittime come pure riconosciuto dal ricorrente.

6. Anche in ordine all'individuazione del bene ambientale sul quale si riverberano le conseguenze della condotta non vi è incertezza alcuna, essendo le acque in genere, così come l'aria, espressamente contemplate dall'art. 452-*bis* c.p. senza alcun riferimento quantitativo o dimensionale, di fatto difficilmente individuabile, diversamente da quanto previsto riguardo al suolo ed al sottosuolo, il cui degrado deve interessarne «porzioni estese o significative».

È tuttavia evidente che, in ogni caso, l'estensione e l'intensità del fenomeno produttivo di inquinamento ha comunque una sua incidenza, difficilmente potendosi definire "Significativo" quello di minimo rilievo, pur considerandone la più accentuata diffusività nell'aria e nell'acqua rispetto a ciò che avviene sul suolo e nel sottosuolo.

La questione, tuttavia, non si pone nel caso in esame, risultando dall'ordinanza impugnata (pag. 7) che l'area interessata dall'intervento bonifica ha un'estensione di 85.000 mq.

7. Ciò che invece viene posto in dubbio dai giudici del riesame, come si è detto in precedenza, è il fatto che l'esito delle condotte accertate abbiano effettivamente determinato quella compromissione o un deterioramento significativi e misurabili che la norma richiede.

Nell'individuazione del significato concreto da attribuire ai termini "compromissione" e "deterioramento" non assume decisivo rilievo la denominazione di «inquinamento ambientale» attribuita dal legislatore al reato in esame, che evidenzia, sostanzialmente, una condizione di degrado dell'originario assetto dell'ambiente e neppure sembra di particolare ausilio la definizione contenuta nell'art. 5, comma 1, lett 1-*ter* del d.lgs. 152/06, che lo stesso articolo, in premessa, indica come fornita ai fini dell'applicazione di quello specifico testo normativo, così come il riferimento ad un «deterioramento significativo e misurabile» contenuto nella definizione di danno ambientale nell'art.300 del medesimo d.lgs.

Più in generale, deve ritenersi non rilevante, a tali fini, l'utilizzazione del medesimo termine nel d.lgs. 152/06 (o in altre discipline di settore) non soltanto perché effettuata in un diverso contesto e per finalità

diverse, ma anche perché, quando lo ha ritenuto necessario, la legge 68/2015 ha espressamente richiamato il d.lgs. 152/06 o altre disposizioni.

L'indicazione dei due termini con la congiunzione disgiuntiva "o" svolge una funzione di collegamento tra i due termini – autonomamente considerati dal legislatore, in alternativa tra loro – che indicano fenomeni sostanzialmente equivalenti negli effetti, in quanto si risolvono entrambi in una alterazione, ossia in una modifica dell'originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema caratterizzata, nel caso della "compromissione", in una condizione di rischio o pericolo che potrebbe definirsi di "squilibrio funzionale", perché incidente sui normali processi naturali correlati alla specificità della matrice ambientale o dell'ecosistema ed, in quello del deterioramento, come "squilibrio strutturale", caratterizzato da un decadimento di stato o di qualità di questi ultimi.

Da ciò consegue che non assume rilievo l'eventuale reversibilità del fenomeno inquinante, se non come uno degli elementi di distinzione tra il delitto in esame e quello, più severamente punito, del disastro ambientale di cui all'art. 452-*quater* c.p.

8. L'ambito di operatività dell'art. 452-*bis* c.p. è anche delimitato dalla ulteriore precisazione che la compromissione o il deterioramento devono essere comunque, "significativi" e "misurabili", venendo così elevato in modo considerevole il livello di lesività della condotta, escludendo i fatti di minore rilievo.

Anche in questo caso, infatti, non può prescindersi dal significato lessicale dei termini utilizzati – anch'essi non estranei al diritto ambientale, in quanto utilizzati, ad esempio, nel già citato art. 300 del d.lgs. 152/06 – considerando che il termine "significativo" denota senz'altro incisività e rilevanza, mentre "misurabile" può dirsi ciò che è quantitativamente apprezzabile o, comunque, oggettivamente rilevabile.

L'assenza di espliciti riferimenti a limiti imposti da specifiche disposizioni o a particolari metodiche di analisi consente di escludere l'esistenza di un vincolo assoluto per l'interprete correlato a parametri imposti dalla disciplina di settore, il cui superamento, come è stato da più parti già osservato, non implica necessariamente una situazione di danno o di pericolo per l'ambiente, potendosi peraltro presentare casi in cui, pur in assenza di limiti imposti normativamente, tale situazione sia di macroscopica evidenza o, comunque, concretamente accertabile.

Ovviamente, tali parametri rappresentano comunque un utile riferimento nel caso in cui possono fornire, considerando lo scostamento tra gli standard prefissati e la sua ripetitività, un elemento concreto di giudizio circa il fatto che la compromissione o il deterioramento causati siano effettivamente significativi come richiesto dalla legge mentre tale condizione, ovviamente, non può farsi automaticamente derivare dal mero superamento dei limiti.

9. Ciò posto, deve rilevarsi che il Tribunale, nel fornire la propria lettura della norma codicistica in esame, richiamando sommariamente i contenuti della relazione redatta dall'Ufficio del massimario (rel. n. 111/04/2013 del 29/5/2015) ha ritenuto di qualificare i richiesti requisiti della compromissione o del deterioramento come condizione di "tendenziale irrimediabilità", caratterizzata da "situazioni di strutturali e non provvisorie inabilità del bene rispetto alle sue funzioni", evidenziando anche la rilevanza del danno che caratterizza la condotta.

Ha tuttavia escluso la sussistenza del reato sulla base di alcune considerazioni che non appaiono, tuttavia, condivisibili.

L'attività posta in essere dall'indagato, ancorché ritenuta abusiva nei termini dianzi specificati, viene presa in considerazione, quanto agli effetti, con riferimento al solo livello di torbidità delle acque, ritenuta un fenomeno inevitabile in presenza di attività di dragaggio.

Il Tribunale esclude però la compromissione o il deterioramento consistente e qualificabile ritenendo non rilevante, in quanto non più verificatasi, una moria di molluschi avvenuta nel 2015.

10. Tali conclusioni non convincono, perché, in primo luogo, paiono riferirsi ad una individuazione dei termini "compromissione" e "deterioramento" che concentra l'attenzione su una condizione di "tendenziale irrimediabilità" che, per le ragioni in precedenza indicate, la norma non prevede.

Inoltre, il riferimento alla torbidità dell'acqua ed alla moria di mitili nei termini sopra specificati paiono, in assenza di ulteriori specificazioni, riferite soltanto ad alcuni degli effetti prodotti dalla condotta oggetto di provvisoria incolpazione, prescindendo così dal considerare compiutamente quelle condizioni di "squilibrio funzionale o strutturale" che, ad avviso del Collegio, caratterizzano la condotta penalmente rilevante.

In altre parole, sembra che i giudici del riesame abbiano valutato solo quei dati fattuali astrattamente riconducibili alla condizione di irrimediabilità tendenziale del danno preventivamente individuata, offrendo argomentazioni certamente accurate, ma basate su un presupposto errato, lasciando in disparte, evidentemente perché non ritenuti rilevanti, altri aspetti dei quali viene invece dato atto in altre parti del provvedimento, quali, ad esempio, la presenza nei fanghi fuoriusciti dall'area di bonifica, di sostanze tossiche quali i metalli pesanti ed idrocarburi policiclici aromatici (questi ultimi qualificati anche come cancerogeni e mutageni), la cui presenza nelle acque, indipendentemente dagli effetti letali sulla fauna, può determinarne la contaminazione; il livello di torbidità comunque accertato nonostante l'ARPAL avisasse preventivamente dei controlli gli interessati, i quali, opportunamente evitavano il dragaggio in previsione dei controlli.

I dati acquisiti andavano dunque diversamente e globalmente valutati ai fini della qualificazione giuridica dei fatti e della sussistenza del *fumus* del reato.

11. L'ordinanza impugnata deve pertanto essere annullata con rinvio per nuovo esame alla luce dei principi affermati.

(*Omissis*)

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale della Spezia.

Così deciso in data 21.9.2016

#### sommario

Premessa – 1. Il delitto di inquinamento ambientale: compromissione o deterioramento – 2. Significatività e misurabilità. – 3. L'oggetto materiale del reato. – 4. La clausola di abusività. – 5. Elemento soggettivo.

#### Premessa

La sentenza in esame, pronunciandosi per la prima volta sul delitto di inquinamento ambientale, prende posizione su una delle questioni maggiormente dibattute in dottrina con riguardo alla materia dei nuovi delitti ambientali: la corretta interpretazione dell'art. 452-*bis* c.p. e l'individuazione degli elementi costitutivi di tale fattispecie incriminatrice.

Per meglio comprendere i diversi nodi interpretativi che la norma pone, appare opportuno premettere un inquadramento generale e una breve analisi della legislazione a tutela dell'ambiente.

Invero, la formulazione dell'art. 452-*bis* c.p. è il risultato di un recente intervento normativo che, segnando una netta discontinuità rispetto al previgente assetto del diritto penale ambientale, determina un adeguamento della disciplina interna al panorama normativo europeo e, in particolare, alla Direttiva 2008/99/CE<sup>1</sup>.

Sino al 2015, il sistema penalistico a tutela dell'ambiente vedeva la sua esclusiva collocazione nel Testo Unico dell'Ambiente (T.U.A.) che prevedeva, per lo più, fattispecie convenzionali di condotta accessorie rispetto al diritto amministrativo. Esse venivano strutturate come illeciti di mera disobbedienza rispetto a norme amministrative poste a garanzia delle risorse naturali e della gestione del territorio, che sanzionavano l'immissione nell'ambiente di sostanze pericolose

<sup>1</sup> Tale direttiva, a completamento della Convenzione per la tutela dell'ambiente nel settore penale e della decisione n. 2003/80/GAI del Consiglio, persegue l'obiettivo di una più efficace ed effettiva tutela in materia, sollecitando il ricorso a "sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive". Per una completa disamina, SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 agosto 2011; LO MONTE, *Commento alla direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in AA.VV., *Codice dell'ambiente*, a cura di Greco, Roma, 2009, p. 1293 ss.

oltre la soglia fissata dal legislatore<sup>2</sup>.

Tale tecnica di incriminazione, però, si rivelava inefficiente<sup>3</sup>. Da un lato, una parte della dottrina evidenziava il potenziale contrasto con i principi di offensività e di legalità *sub specie* di riserva di legge<sup>4</sup>; dall'altro, emergeva una incapacità a rispondere effettivamente ai fenomeni di inquinamento ambientale, stanti la scarsissima afflittività delle sanzioni comminate e la brevità dei termini prescrizionali.

Nel tentativo di rendere effettiva la tutela in materia, pur in assenza di una specifica fattispecie legale di disastro ambientale, la giurisprudenza era solita ricondurre le suddette ipotesi nell'alveo di cui all'art. 434 c.p., ricorrendo alla figura di disastro innominato<sup>5</sup>.

Invero, tale disposizione, utilizzando nella descrizione della fattispecie elementi elastici e vocaboli polisensu ("altro disastro"), sembrava idonea a sanzionare diverse ipotesi delittuose nelle vesti di norma residuale e di chiusura. Così facendo, si addiveniva alla creazione giurisprudenziale di una nozione di "disastro ambientale"<sup>6</sup>, definito come accadimento di dimensioni straordinarie atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi, e idoneo a causare un pericolo per la vita o l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone<sup>7</sup>.

Tuttavia, l'elasticità descrittiva della norma in esame sembrava porre dei problemi di compatibilità con il principio di legalità *sub specie* di precisione (art. 25 Cost. e art. 1 c.p.), teso a garantire una chiara descrizione di ciò che integra un reato, in modo da poter orientare la condotta dei consociati e di evitare il rischio di arbitrio giudiziario<sup>8</sup>. La Corte Costituzionale, adita per valutare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 434 c.p., ammoniva il legislatore affinché intervenisse con una fattispecie criminosa *ad hoc* ma salvava tale prassi giurisprudenziale, ritenendo che la valutazione di coerenza con il principio di precisione dovesse essere condotta in maniera integrata e siste-

mica, tenendo conto delle ragioni sottese all'incriminazione e del più ampio contesto normativo in cui la norma incriminatrice si inseriva, senza limitarsi alla valutazione isolata del singolo elemento elastico<sup>9</sup>.

Seguendo gli auspici della Corte Costituzionale e rispondendo a diffuse istanze di protezione, unite alle incessanti sollecitazioni provenienti dalle sedi sovranazionali<sup>10</sup>, il legislatore interviene con la l. 22 maggio 2015, n. 68<sup>11</sup>.

In via di prima approssimazione, occorre notare come la recente legge sia connotata da una struttura bifasica: da un lato, un robusto impianto sanzionatorio legato all'adozione di misure repressive più incisive; dall'altro, la previsione di istituti premiali tesi ad incentivare condotte riparatorie e ripristinatorie<sup>12</sup>.

In merito al primo aspetto, giova specificare che la l. n. 68/2015 inserisce nel codice penale il Titolo VI-*bis*, rubricato "Dei delitti contro l'ambiente" e contenente cinque nuovi delitti: inquinamento ambientale (art. 452-*bis* c.p.), disastro ambientale (art. 452-*quater* c.p.), traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452-*sexies* c.p.), impedimento del controllo (art. 452-*septies* c.p.) e omessa bonifica (art. 452-*terdecies* c.p.)<sup>13</sup>. A ciò si aggiunge la previsione di alcune

<sup>9</sup> «Deve essere peraltro di guida, in tale indagine, il criterio, reiteratamente affermato da questa Corte, per cui la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotto non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. L'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensu, ovvero di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretta da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo», Corte Cost., 13 gennaio 2004, n.5, in *Giur. Cost.*, fasc.1, 2004, p. 96 ss.

<sup>10</sup> Si veda l'art. 3, lett. A, della Direttiva 2008/99/CE con cui si chiede agli Stati membri di incriminare «lo scarico, l'emissione o l'immissione illecite di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora».

<sup>11</sup> Legge 22 maggio 2015, n. 68, "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente", in *Gazz. Uff.* n. 122 del 28 maggio 2015, entrata in vigore il 29 maggio 2015.

<sup>12</sup> PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale. Prime questioni interpretative*, in *Cass. Pen.*, 2017, 1, p. 408.

<sup>13</sup> Si noti la drastica riduzione delle ipotesi di reato, con l'obiettivo di snellire il sistema e di rendere maggiormente conoscibili e applicabili i precetti normativi. Sui problemi relativi all'eccesso di norme, SALVIA, *Gli strumenti giuridici della tutela ambientale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993, p. 210.

<sup>2</sup> GAROFOLI, *Manuale di diritto penale- parte speciale*, Tomo I, Roma, 2017, p. 892.

<sup>3</sup> MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2015.

<sup>4</sup> DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, *passim*.

<sup>5</sup> VERGINE, *Il c.d. disastro ambientale: l'involutione interpretativa dell'art. 434 c.p.*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, p. 535 ss.; FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, p. 61 ss.

<sup>6</sup> GAROFOLI, *Manuale di diritto penale - parte generale*, Roma, 2016, 145, in cui si specifica che i tratti qualificanti della nozione di "disastro" si apprezzano sotto un duplice profilo: da un lato, sul piano dimensionale, essendo richiesto un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non immani; dall'altro, su un piano di proiezione offensiva, dovendo l'evento provocare un pericolo per l'incolumità pubblica ma non necessariamente l'effettiva morte o lesione di uno o più soggetti.

<sup>7</sup> Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 3529 ss.

<sup>8</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2015, p. 63 ss.

circostanze aggravanti, tra cui quella di cui all'art. 452-ter c.p. quando dal delitto di inquinamento ambientale derivino la morte o le lesioni, quella di cui all'art. 452-octies c.p. relativa ai reati associativi ex artt. 416 e 416-bis c.p., e ancora l'aggravante di aver commesso il fatto allo scopo di eseguire un delitto ambientale prevista dall'art. 452-nonies c.p., nonché l'introduzione di una nuova fattispecie di confisca obbligatoria (art. 452-undicies c.p.), il raddoppio dei termini prescrizionali (art. 157 co. 6 c.p.) e l'inserimento dei nuovi reati tra quelli per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti (art. 25-undices d.l. 231/2001).

Sul versante opposto, invece, si contempla la circostante attenuante del ravvedimento operoso (art. 452-decies c.p.), legata alla messa in sicurezza, alla bonifica o al ripristino dello stato dei luoghi oggetto dell'attività delittuosa.

Non va, però, tralasciato che la caratteristica principale del recente intervento normativo risiede nel superamento del tradizionale modello contravvenzionale, attraverso l'introduzione di fattispecie di aggressione ambientale costituite sotto forma di delitti, così comportando, altresì, la mutazione della struttura delle fattispecie da reati di pericolo astratto a quelli di pericolo concreto, fino all'introduzione di forme di reati di danno<sup>14</sup>.

Come si desume dalla stessa rubrica del nuovo titolo, la l. n. 68/2015 porta a stigmatizzare quelle condotte che siano lesive dell'ambiente o che si pongano con esso in contrasto. Giova precisare che tale bene giuridico<sup>15</sup> trova, altresì, riconoscimento nella fonte costituzionale, seppur in via indiretta. Da un lato, si fa perno sulla clausola aperta di cui all'art. 2 Cost.<sup>16</sup>, che consente di far rientrare nei diritti fondamentali anche quelli non espressamente previsti dal costituente; dall'altro, si procede ad una interpretazione estensiva dell'art. 9 Cost., ritenendo che l'espressione "paesaggio" sia idonea a ricomprendere anche l'ambiente, e dell'art. 32 Cost., sul presupposto che, soltanto in presenza di un ambiente sano e salubre, sia possibile garantire l'effettiva tutela della salute<sup>17</sup>.

Ciò chiarito, si può, in conclusione affermare che l'inedita figura del delitto di inquinamento ambientale in esame è costruita come fattispecie delittuosa, in cui vengono puniti non già la condotta ed il mero superamento di limiti tabellari ma la causazione di un

pregiudizio e di una contaminazione per l'ambiente. Ed è proprio la costruzione della fattispecie come reato di evento, implicante il cagionamento di un danno<sup>18</sup> al primario bene giuridico dell'ambiente, che giustifica la previsione di pene detentive e pecuniarie più severe ed un termine di prescrizione raddoppiato<sup>19</sup> (art. 157, comma 6, c.p.). Il soggetto trasgressore viene, quindi, responsabilizzato mediante il drastico aggravamento della pena ma, nel rispetto dei principi unionali di precauzione, di azione preventiva, di correzione dei danni causati all'ambiente e del principio del "chi inquina paga"<sup>20</sup>, si prevedono altresì degli istituti premiali legati alla eliminazione delle fonti inquinanti.

## 1. Il delitto di inquinamento ambientale: compromissione o deterioramento

La riforma si apre con la fattispecie di cui all'art. 452-bis c.p. che al primo comma sanziona, con la reclusione da due a sei anni, chiunque cagioni una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili: a) della acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; b) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna. Al secondo comma, contempla una circostanza aggravante che si realizza quando l'inquinamento viene prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protetto.

Innanzitutto, è opportuno precisare che il delitto di inquinamento ambientale si presenta come un reato comune, che può essere commesso da "chiunque", senza che sia necessaria una particolare qualifica soggettiva. Per quanto concerne la struttura, invece, la norma delinea un reato causale puro (o a c.d. forma libera)<sup>21</sup>; ciò significa che la rilevanza della condotta è determinata esclusivamente dalla verifica di una compromissione o di un deterioramento significativi e misurabili degli elementi succitati, con la conseguenza che l'inquinamento può consistere in qualsiasi comportamento che determini un peggioramento dell'equilibrio ambientale.

Come tutti i reati appartenenti a tale categoria, la fattispecie può essere integrata sia da una condotta attiva sia da una meramente omissiva; nel rispetto dei principi generali, però, il reato in forma omissiva può realizzarsi solo ad opera di un soggetto che sia gravato, sulla base della normativa ambientale, da un obbligo giuridico di impedimento del fatto inquinante dannoso.

<sup>14</sup> TELESCA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 luglio 2015.

<sup>15</sup> RUGA RIVA, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2016, p. 4635 ss., in cui si evidenzia che, alla luce di quanto previsto dall'art. 452-quinquies c.p., si attribuisce una notevole importanza al bene giuridico ambiente, dal momento che esso risulta protetto non solo da aggressioni dolose che lo danneggiano ma anche dai pericoli colposi.

<sup>16</sup> BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, p.547.

<sup>17</sup> PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 108 ss.

<sup>18</sup> RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, p. 240.

<sup>19</sup> AVITTO, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p.*, in *Diritto.it*, 21 aprile 2016.

<sup>20</sup> AA.VV., a cura di FERRARA, *La tutela dell'ambiente*, Torino, 2006, p. 216.

<sup>21</sup> RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati - Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, 2015, p. 11.

so o pericoloso<sup>22</sup>.

Dalle considerazioni sinora svolte, quindi, si evince che il delitto di inquinamento ambientale è un reato di evento, con ciò richiedendosi che la condotta determini un pregiudizio per l'ambiente, nella misura di una compromissione o di un deterioramento, che sia alla prima legato da un nesso di derivazione causale<sup>23</sup>. La giurisprudenza, più precisamente, si esprime nei termini di un reato di "evento necessario di danno", poiché, in assenza dei significativi e misurabili deterioramenti o compromissioni, il reato non può dirsi sussistente.

Con riferimento all'evento, il legislatore ha tentato di individuare gli elementi costitutivi ma, ricorrendo a concetti elastici al limite con la vaghezza, ha generato una serie di problematiche interpretative. Invero, la disposizione di cui all'art. 452-bis c.p. incrimina la determinazione di una "compromissione" o di un "deterioramento" dell'ambiente, senza specificare altro, e a ciò consegue che il *discrimen* tra i due termini non sia dei più agevoli.

Anzitutto, occorre precisare che, al fine di individuare il significato concreto da attribuire alle due locuzioni, non assume rilevanza la nozione di inquinamento ambientale contenuta nell'art. 5, comma 1, lettera i) *ter*, d.lgs. n. 152/2006, in base alla quale si ha inquinamento quando ci sia «l'introduzione diretta o indiretta, a seguito di attività umane, di sostanze, vibrazioni, calore o rumore o più in generale di agenti fisici o chimici, nell'aria, nell'acqua o nel suolo, che potrebbero nuocere alla salute umana o alla qualità dell'ambiente, causare il deterioramento dei beni materiali, oppure danni o perturbazioni a valori ricreativi dell'ambiente». Tale disposizione, infatti, è idonea a regolare le varie applicazioni all'interno del Testo Unico dell'Ambiente ma non dispiega i suoi effetti in ambito penale e, quindi, non opera nella distinzione delle varie ipotesi penalmente rilevanti<sup>24</sup>.

Allo stesso modo, non può farsi ricorso alla definizione di danno ambientale di cui all'art. 300 del medesimo d.lgs. n. 152/2006, che si riferisce a «qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima», in quanto tale norma si pone come presidio civilistico al fine di garantire una tutela risarcitoria nei casi in cui vi sia un danno ambientale. A conferma della irrilevanza di tale nozione, giova evidenziare che la fattispecie incriminatrice di inquinamento ambientale assume una connotazione prettamente penalistica, volta a sanzionare le sole condotte dotate di un certo grado di offensività, che non si

identificano con ogni fatto ingiusto che determini un danno ambientale e presupponga un diritto al risarcimento<sup>25</sup>.

Significativa, se non dirimente, è poi la considerazione che i termini utilizzati nel T.U.A. non possono essere richiamati per l'interpretazione di una disposizione penalistica, sia perché inseriti in un diverso contesto e con diverse finalità sia perché, ove il legislatore lo abbia ritenuto necessario, ha espressamente richiamato il d.lgs. n. 152/2006 o altre disposizioni<sup>26</sup>.

Ne consegue che, per individuare l'effettiva portata normativa e l'*ubi consistam* dei termini in esame, si deve ricorrere al linguaggio comune, con la precisazione che entrambe le espressioni implicano il verificarsi di un danneggiamento del bene che hanno ad oggetto. Tale conclusione trova, altresì, conforto nel dettato normativo di cui all'art. 635 c.p. che annovera, tra le condotte tipiche, anche quella di deterioramento.

Con maggiore impegno esplicativo, la giurisprudenza sottolinea che l'uso della congiunzione disgiuntiva "o" tra compromissione e deterioramento svolge una funzione di collegamento tra i due lemmi che sono, quindi, considerati autonomamente dal legislatore<sup>27</sup>, come concetti alternativi per indicare fenomeni sostanzialmente equivalenti negli effetti, in quanto si risolvono entrambi in una alterazione e in una modifica dell'originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema.

A parità di effetti, essi involgono profili differenti: la compromissione si configura come un'alterazione dell'aspetto dinamico del funzionamento delle componenti, il deterioramento si presenta come mutamento di tipo statico e strutturale<sup>28</sup>.

Più tecnicamente, la compromissione indica una condizione di rischio e di pericolo che incide sui normali processi naturali correlati alla specificità della matrice ambientale e dell'ecosistema e che determina uno "squilibrio funzionale". Il deterioramento, inve-

<sup>25</sup> RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit. p. 241. In senso conforme, vedi anche LA SPINA, *Il delitto di inquinamento ambientale doloso*, in *Il nuovo diritto penale ambientale*, Roma, 2016, p. 50 ss.

<sup>26</sup> RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 3.

<sup>27</sup> TELESICA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, cit. 23, osserva che, se da un lato è vero che l'uso della disgiuntiva "o" rende le due condotte alternative, così mirando le stesse al raggiungimento di due eventi diversi, dall'altro deve evidenziarsi una differenza dal punto di vista sanzionatorio. Il legislatore prescrive per i due eventi, pur diversi, una analoga sanzione e questa non pare una scelta politico-criminale corretta e proporzionata. Invero, se "compromissione" significa "mettere a rischio" e "deterioramento" è inteso come "guasto", ne discende che il legislatore sanziona con la medesima pena colui che pone in pericolo e colui che danneggia il bene giuridico.

<sup>28</sup> CAVANNA, *Delitto di inquinamento ambientale: prime indicazioni giurisprudenziali (nota a Cass. pen. n. 46170/2016)*, in *Ambiente e sviluppo*, fasc. 12, 2016, p. 803.

<sup>22</sup> MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., p. 6.

<sup>23</sup> TAR Cagliari, sez. I, 16 dicembre 2011, n. 1239, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>24</sup> DI FIORINO-PROCOPIO, *Inquinamento ambientale: la Cassazione riempie di contenuti la nuova fattispecie incriminatrice*, in *Giur. pen. web*, 2016, 12, p. 6.

ce, è caratterizzato da un decadimento di stato o di qualità delle risorse, così involgendo uno “squilibrio strutturale”.

Dalle considerazioni sinora svolte emerge chiaramente che il primo è un concetto assoluto, mentre il secondo sembra essere un concetto relazionale poiché implica il peggioramento rispetto ad uno stato preesistente<sup>29</sup>.

Al fine di delimitare l'ambito di operatività della fattispecie incriminatrice, occorre poi procedere ad una breve comparazione con il delitto di cui all'art. 452-*quater* c.p., in cui il legislatore statuisce che costituiscono disastro ambientale alternativamente l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema, l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile con provvedimenti eccezionali o l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi.

Appare utile evidenziare che i primi due eventi, involgenti una sorta di progressione criminosa rispetto alle forme di danneggiamento dell'ambiente descritte dalla norma sull'inquinamento, sono caratterizzati dalla stabilità e dalla irreversibilità degli effetti dannosi. Il requisito di irreversibilità dell'alterazione deve, però, essere inteso in senso relativo, sussistendo anche quando, per una eventuale reversibilità della modifica, sia necessario un ciclo temporale talmente ampio da non poter essere rapportato alle categorie dell'agire umano<sup>30</sup>.

Benché non sia facile stabilire quando una alterazione sia irreversibile o irrimediabile, questa lettura di sistema consente di specificare che si abbia deterioramento o compromissione, così configurandosi il delitto di inquinamento ambientale, ogniqualvolta il danneggiamento all'ambiente non rivesta le caratteristiche tipiche del disastro ambientale. Quest'ultimo, connotato da un grado di offensività maggiore, costituisce il limite superiore della tutela ambientale, mentre il limite inferiore è rappresentato dal deterioramento o dalla compromissione<sup>31</sup>.

Alla stregua di quanto asserito, si deduce che la irreversibilità del fenomeno inquinante non rappresenta un elemento costitutivo del delitto di inquinamento ambientale; essa rileva solo come elemento di differenziazione tra il delitto in esame e quello più grave di disastro ambientale<sup>32</sup>.

## 2. Significatività e misurabilità

L'ambito di operatività dell'art. 452-*bis* c.p. è ulteriormente delimitato dalla precisazione che la com-

promissione o il deterioramento debbano essere “significativi” e “misurabili”, con ciò richiedendo una maggiore lesività della condotta ed escludendo dalla rilevanza penale i fatti di minor rilievo. Anche in questo caso i termini utilizzati appaiono vaghi, lasciando all'interprete ampi margini di discrezionalità<sup>33</sup>.

A tal proposito si è pronunciata la giurisprudenza, evidenziando che la significatività rappresenta l'indice della incisività e della rilevanza del danno ambientale, mentre la misurabilità denota la necessità che il danno sia quantitativamente apprezzabile o oggettivamente rilevabile.

Una parte della dottrina avverte che la significatività deve essere valutata sia sul piano temporale che su quello della gravità dell'offesa, così da considerare unitariamente l'intensità e l'estensione degli effetti prodotti, senza limitarsi alla sola componente cronologica. Più precisamente, sul piano temporale occorre distinguere tra condotta ed evento, tenendo presente che possono verificarsi contaminazioni di breve durata capaci di creare delle serie conseguenze dannose; con riferimento alla gravità dell'inquinamento, invece, appare necessario focalizzare l'attenzione sull'intensità degli effetti e sull'oggetto materiale colpito dalla contaminazione<sup>34</sup>.

In altri termini, la significatività attiene alla rilevante dimensione che deve assumere l'evento di inquinamento<sup>35</sup>, invece la misurabilità risponde alle esigenze probatorie e alla necessità di una quantificazione dell'alterazione.

Va, tuttavia, specificato che la valutazione di significatività e di misurabilità dell'evento non è veicolata da alcun parametro; ciò significa che i valori limite e i parametri eventualmente contemplati dalla disciplina di settore non consistono in un vincolo assoluto per l'interprete ma costituiscono soltanto un utile elemento nella valutazione e nel giudizio di offensività, senza che vi sia alcun automatismo tra il superamento dei limiti normativi e l'integrazione del delitto di inquinamento ambientale<sup>36</sup>. Può, difatti, accadere che una situazione di danno, pur non oltrepassando i limiti della normativa di settore, assuma una macroscopica evidenza e perfezioni il reato di cui all'art. 452-*bis* c.p.

<sup>33</sup> Gli aggettivi utilizzati dal legislatore sono stati oggetto di svariate interpretazioni da parte della dottrina, si veda in merito RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 247 ss.

<sup>34</sup> RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, cit., p. 6.

<sup>35</sup> TELESICA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante “Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente”: ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, cit. 22, osserva che il termine “significativo” non pone il destinatario della norma nella reale possibilità di discernere ciò che sia permesso e ciò che sia vietato. Per comprendere il grado di difficoltà, si richiamano le riflessioni svolte in una decisione concernente la “misura rilevante” utilizzata dal legislatore in ambito fiscale, Corte Cost., 15 maggio 1989, n. 247, in *cortecostituzionale.it*.

<sup>36</sup> DI FIORINO-PROCOPIO, *Inquinamento ambientale: la Cassazione riempie di contenuti la nuova fattispecie incriminatrice*, cit., 8.

<sup>29</sup> MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., p. 4.

<sup>30</sup> DRAGANI, *Ecocreati, esame a tutto campo*, in *Ambiente e sviluppo*, 2016, p. 2.

<sup>31</sup> AVITTO, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale ex art. 452-*bis* c.p.*, cit., p. 3.

<sup>32</sup> AMENDOLA, *Il diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2016, p. 318.

e che, invece, in presenza di un mero discostamento dal parametro normativo, non si abbia consumazione del delitto<sup>37</sup>. Ne consegue che la fattispecie viene tipizzata non in relazione a dati quantitativi ma alla mera possibilità di una misurazione degli effetti dannosi.

Si è già avuto modo di precisare che la previsione degli aggettivi succitati rappresenta un tentativo di circoscrivere la portata applicativa della norma e presuppone la volontà del legislatore di sanzionare solo quei comportamenti che superino una certa soglia di gravità, estromettendo i fatti di minor rilievo<sup>38</sup>; tuttavia, i criteri utilizzati per la definizione di tale margine appaiono privi di un'autentica capacità selettiva. Si può, quindi, evidenziare che la generica formulazione dei termini di "significatività" e "misurabilità" della compromissione o del deterioramento sembra attribuire al giudice un ampio spazio di discrezionalità<sup>39</sup> nella individuazione degli elementi in base ai quali valutare la gravità del danno ambientale, con la conseguenza che il requisito della significatività si risolve nella sussistenza di una generica non esiguità del danno, mentre quello della misurabilità allude alla consistenza di un danno materiale valutabile in termini quantitativi<sup>40</sup>.

### 3. L'oggetto materiale del reato

Problemi interpretativi si pongono anche in relazione all'oggetto materiale dell'evento di inquinamento ambientale. La disposizione di cui all'art. 452-bis c.p., infatti, prescrive che il verificarsi della compromissione ambientale debba coinvolgere le acque o l'aria, o porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo, oppure un ecosistema e la biodiversità, anche agraria, la flora e la fauna<sup>41</sup>.

Come può notarsi, la prima parte della definizione appare scevra da difficoltà ermeneutiche; da un lato, sono elencate e tutelate tutte le componenti classiche del bene giuridico dell'ambiente, dall'altro sono opportunamente utilizzate delle disgiunzioni per eviden-

ziare che l'inquinamento ambientale risulta integrato – ricorrendo tutti gli altri presupposti – quando vi sia il deterioramento o la compromissione di uno soltanto dei beni ambientali aggrediti.

Maggiormente incerta è la circostanza relativa alla presenza di una diversa soglia di rilevanza del danno a seconda delle varie matrici ambientali citate. Invero, in relazione al suolo e al sottosuolo si specifica che il pregiudizio deve colpire porzioni "estese" o "significative", mentre nulla si dice con riferimento alle acque o all'aria<sup>42</sup>.

Il legislatore, cioè, prescrive un requisito quantitativo ("porzioni estese") o qualitativo ("porzioni significative") per escludere al rilevanza penale di condotte di scarso rilievo solo con riferimento ad alcune componenti, escludendone altre<sup>43</sup>. La ragione di tale differenziazione risiede, a parere di alcuni autori, nella minor agevole individuabilità che connota le acque o l'aria ma ciò non toglie che, anche in questo caso, l'alterazione debba essere non esigua. Va sottolineato che la norma richiede nuovamente l'attributo della significatività, già utilizzato con riguardo alla compromissione o al deterioramento; esso appare, tuttavia, sovrabbondante e privo di una reale idoneità a ridurre l'area della punibilità, risolvendosi in una vera e propria tautologia ("significativa alterazione di una significativa porzione")<sup>44</sup>.

Problematico è ancora l'utilizzo del termine "ecosistema"<sup>45</sup>; da un lato, si registra la difficoltà di addivenire ad una sua definizione in astratto, dall'altro appare incerto il confine con gli altri elementi quali l'acqua, l'aria o il suolo<sup>46</sup>. Così, nel silenzio del legislatore, la prevalente dottrina ritiene di dover intendere per ecosistema l'insieme degli organismi viventi, dell'ambiente fisico circostante e delle relazioni chimiche e fisiche

<sup>37</sup> AVITTO, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p.*, cit., p. 3.

<sup>38</sup> MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., p. 5.

<sup>39</sup> DI FIORINO-PROCOPIO, *Inquinamento ambientale: la Cassazione riempie di contenuti la nuova fattispecie incriminatrice*, cit. p. 5.

<sup>40</sup> Può risultare utile il richiamo alla definizione contenuta nell'1 del d.p.c.m. del 27 dicembre 1988, in base alla quale gli ecosistemi sono «i complessi di componenti e fattori fisici, chimici e biologici tra loro interagenti ed interdipendenti, che formano un sistema unitario ed identificabile, quali un lago, un bosco, un fiume, il mare.»

<sup>41</sup> RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, cit. la medesima condotta (operazione di dragaggio del fondale in contrasto con prescrizioni amministrative anti-inquinamento) possa produrre effetti dannosi o pericolosi per vari elementi dell'oggetto materiale del reato, tutti alternativamente sufficienti: le acque, la fauna, la flora, un ecosistema. Ne consegue che le strategie dell'accusa, per essere efficaci, dovranno fin dall'inizio individuare l'oggetto materiale rispetto al quale sia più agevole la prova della compromissione o del deterioramento. In linea generale, la prova sarà meno facile rispetto alla qualità delle acque, dovendosi eseguire, in tal caso, complesse valutazioni chimico-fisiche; più agevole sarà, invece, la prova relativa al danno sulla flora o sulla fauna, essendo sufficienti prelievi di campioni degli animali o delle piante.

<sup>37</sup> DRAGANI, *Ecoreati, esame a tutto campo*, cit., p. 2.

<sup>38</sup> MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., p. 5.

<sup>39</sup> In tal senso anche TELESKA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, cit., p. 21, che sottolinea come l'aspetto più problematico sia rappresentato dalla individuazione della reale portata della formula che, in assenza di qualunque indicazione legislativa, verrà valutata dal giudice di volta in volta, con la conseguenza che soltanto dopo la commissione del fatto si potrà dire se quella compromissione o deterioramento sia grave oppure insignificante.

<sup>40</sup> RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati - Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, cit., p. 5.

<sup>41</sup> TELESKA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, cit., p. 23, precisa che al giudice spetta il compito di stabilire se un dato comportamento abbia o meno cagionato un danneggiamento significativo degli elementi citati dalla norma ma, in assenza di istruzioni da parte del legislatore, si pone un rischio di interpretazione e di applicazioni da "diritto del caso per caso".

che si sviluppano all'interno di uno spazio delimitato. Onde evitare, poi, che l'evento da accertare sia macroscopico, la disposizione normativa utilizza una dizione specifica – “un” ecosistema – che consente di ritenere integrato il delitto anche in presenza di una aggressione ad un singolo micro-ecosistema<sup>47</sup>.

Dalle descritte coordinate ermeneutiche si evince che il legislatore della riforma non fornisce né la nozione di ambiente né quella di ecosistema o di biodiversità, pur costruendo la sanzione di cui all'art. 452-*bis* c.p. sulla condotta di chi cagiona una compromissione o un deterioramento significativo o misurabile dell'ecosistema; ne deriva che viene punito chi cagiona un'alterazione o una compromissione di un'entità più piccola e indefinita (l'ecosistema) di un'entità più grande (l'ambiente)<sup>48</sup>.

#### 4. La clausola di abusività

Appare utile, a questo punto, dare atto di un ulteriore presupposto del delitto di inquinamento ambientale. Invero, la disposizione di cui all'art. 452-*bis* c.p. prevede che, affinché il reato possa dirsi integrato, la condotta tipica debba essere compiuta “abusivamente”.

L'avverbio citato, che si rinviene anche nelle fattispecie di disastro ambientale e di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività, è il risultato di una modifica apportata al testo approvato alla Camera. Difatti, in principio, la norma sanzionava quelle condotte compiute in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente, la cui inosservanza avrebbe costituito di per sé illecito amministrativo o penale<sup>49</sup>.

Superando i problemi ermeneutici che sarebbero derivati da un richiamo esplicito alla sola materia ambientale, il legislatore utilizza una clausola di illiceità speciale<sup>50</sup> che consente di punire anche i fatti in cui il danno all'ambiente risulti cagionato dalla violazione di norme poste a tutela di beni che, seppur collegati all'ambiente, siano ontologicamente diversi<sup>51</sup>.

Con l'introduzione di tale clausola, in linea con la norma europea ispiratrice (art. 3 della Direttiva 2008/99 CE) che subordina l'obbligo di incriminazione di determinate condotte alla condizione che siano illecite, il legislatore ha inteso delimitare le situazioni astrattamente idonee ad integrare il disvalore penale dell'inosservanza di un precetto, esigendo specifica-

mente che le condotte inquinanti siano *contra ius*<sup>52</sup>.

In merito al requisito della abusività, la giurisprudenza prevalente<sup>53</sup> evidenzia che esso risulta integrato in presenza di un'attività svolta continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni, ciò verificandosi non solo quando tali autorizzazioni manchino del tutto (c.d. attività clandestine), ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime.

E proprio in tale prospettiva, la Suprema Corte aderisce ad una nozione ampia della “condotta abusiva”, ritenendo che essa si configuri sia nell'ipotesi in cui l'attività venga svolta *sine titulo* (situazione cui vanno equiparate le ipotesi in cui il comportamento si svolga in costanza di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime), sia nel caso in cui la condotta si ponga in violazione delle prescrizioni contenute nel titolo abilitativo, così costituendo una scorretta estrinsecazione delle facoltà desumibili dall'autorizzazione e superando i confini dell'esercizio lecito<sup>54</sup>. In particolare, tale circostanza si verifica tutte le volte in cui non vi sia coincidenza tra il dato formale contenuto nel titolo e il dato sostanziale o fattuale; d'altro canto, è proprio in questa sfasatura che risiede l'essenza stessa dell'abuso.

Invero, la dottrina è ormai concorde nel ritenere che si parli di “abuso” in presenza di una utilizzazione alterata dello schema formale del diritto concesso, finalizzata al conseguimento di obiettivi diversi rispetto a quelli indicati e con modalità censurabili o sproporzionate.

Pur delineando un concetto esteso di abusività, la giurisprudenza omette di richiamare, tra le fonti delimitative dell'area di liceità della condotta, i principi generali che governano l'ambiente, quali i principi di prevenzione, di precauzione, di sviluppo sostenibile.

Sul punto si registra un dibattito dottrinario di non scarso rilievo. Infatti, una prima tesi argomenta che, se si considerano irrilevanti i principi della materia ambientale per l'individuazione del carattere abusivo dell'attività, si rischia di lasciare impunte condotte che, seppur formalmente lecite, si rivelino in concreto inquinanti<sup>55</sup>.

Tuttavia, una seconda impostazione critica tale prospettiva, ritenendo che essa comporti una violazione del principio di separazione dei poteri, in quanto implichi una sostituzione, ad opera del giudice, delle valutazioni politiche espresse dal legislatore. In particolare, alcuni autori chiariscono che i principi generali

<sup>47</sup> SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 luglio 2015, p. 7.

<sup>48</sup> TELESICA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante “Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente”: ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, cit., 24.

<sup>49</sup> GAROFOLI, *Manuale di diritto penale- parte speciale*, cit., p. 895.

<sup>50</sup> FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 87-88.

<sup>51</sup> SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, cit., p. 9.

<sup>52</sup> DI FIORINO-PROCOPIO, *Inquinamento ambientale: la Cassazione riempie di contenuti la nuova fattispecie incriminatrice*, cit., p. 3.

<sup>53</sup> Cass., sez. III pen., 10 marzo 2015, n. 21030, in *www.cortedicassazione.it*.

<sup>54</sup> FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 86.

<sup>55</sup> AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, in *www.questionegiustizia.it*; in senso conforme, RAMACCI, *Il “nuovo” art. 260 del d.lgs. n. 152/2006, vecchie e nuove questioni*, in *Ambiente e sviluppo*, 2016, 3, p. 173.

richiamati assumono la forma di principi programmatici che, per trasformarsi da norme di azioni a norme di relazioni idonee a vincolare i privati, necessitano di una *interpositio legislatoris* e, quindi, di una ponderazione con altri beni e valori<sup>56</sup>. Affidare tale funzione al giudice legittimerebbe una sorta di arbitrio giudiziale, inconciliabile con il principio di separazione dei poteri, in quanto il giudice si troverebbe nella condizione di poter superare le prescrizioni legislative o amministrative per favorire il bene dell'ambiente, in un bilanciamento di interessi che spetta di diritto ad un organo diverso<sup>57</sup>.

Da ultimo si osserva che l'utilizzo del termine "abusivamente", pur configurandosi come elemento elastico, non comporta un *vulnus* del principio di legalità *sub specie* di determinatezza di cui all'art. 25 Cost.

Come noto, infatti, l'utilizzo di formule elastiche si riconnette all'impossibilità di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a "giustificare" l'inosservanza del precetto, onde evitare che la sanzione penale scatti allorché l'osservanza della norma appaia concretamente "inesigibile"<sup>58</sup>. E proprio alla luce di tali considerazioni, la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale detta un criterio per la verifica di compatibilità con il parametro costituzionale richiamato, specificando che questa non vada condotta considerando isolatamente il singolo elemento descrittivo della fattispecie incriminatrice; invero, il significato di tale formula deve essere ravvisato alla luce del più ampio contesto ordinamentale in cui la disposizione si inserisce e della finalità sottesa all'incriminazione stessa<sup>59</sup>.

## 5. Elemento soggettivo

L'inquadramento così tratteggiato va concluso con un'ultima considerazione relativa all'elemento soggettivo del reato in analisi<sup>60</sup>.

La disposizione di cui all'art. 452-*bis* c.p. configura un reato a dolo generico, in ordine al quale è ammissibile ogni forma di dolo, compresa quella del dolo eventuale. Tale precisazione si rivela di notevole importanza se si considera che, nella prassi, è proprio questa tipologia di elemento psichico ad essere accertata più di frequente.

È chiaro, infatti, che l'inquinamento ambientale di rado si manifesta come risultato di una scelta orientata

al solo fine di arrecare un danno all'ambiente o all'ecosistema; nella maggior parte dei casi, esso si verifica come conseguenza che, seppure prevista dal soggetto agente e considerata come probabile sviluppo delle proprie azioni, non viene da questi perseguita intenzionalmente<sup>61</sup>.

A tal proposito, pare corretto ricordare che la definizione di dolo eventuale e i criteri<sup>62</sup> in base ai quali verificare il ricorrere di tale elemento si rinvengono nella nota sentenza Tyssenkrupp a Sezioni unite, così potendo tracciare un confine con il diverso elemento della colpa cosciente.

Tuttavia, le difficoltà connesse all'accertamento processuale del dolo eventuale hanno indotto il legislatore all'introduzione dell'art. 452-*quinquies* c.p. che prevede la punibilità del delitto di inquinamento anche a titolo di colpa, con ciò scongiurando il rischio di una progressiva disapplicazione della norma in esame<sup>63</sup>.

In conclusione, si può affermare che la sentenza in commento, affrontando alcune importanti questioni ermeneutiche sul delitto di inquinamento ambientale, ha cercato di colmare la scarsa determinatezza che caratterizza la formulazione della fattispecie<sup>64</sup>.

Pur riconoscendo l'importanza e la centralità che, nel diritto penale ambientale, assume la giurisprudenza per la definizione e la delimitazione di concetti vaghi e incerti<sup>65</sup>, giova evidenziare che ancora molte incertezze permangono. Inevitabilmente questo produce un riflesso sulla conoscibilità della norma penale e del disvalore della condotta, così minando la certezza del diritto che si intende assicurare<sup>66</sup>.

Si resta, quindi, in attesa di ulteriori interventi giurisprudenziali tesi a garantire una applicazione efficace ed immediata ad un delitto di fondamentale importanza per la salute e l'ambiente<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., p. 7.

<sup>62</sup> AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssen Krupp*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 novembre 2014, p. 13, in cui si analizzano i vari indici probatori tratteggiati dalla Cassazione a Sezioni unite, tra cui la lontananza dalla condotta standard, la personalità, la storia e le precedenti esperienze, la durata e la ripetizione della condotta, la condotta successiva al fatto, il fine della condotta, la sua motivazione di fondo, la probabilità di verificazione dell'evento, le conseguenze negative anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento, il contesto lecito o illecito di base.

<sup>63</sup> AVITTO, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p.*, cit., 4.

<sup>64</sup> DI FIORINO-PROCOPIO, *Inquinamento ambientale: la Cassazione riempie di contenuti la nuova fattispecie incriminatrice*, cit., p. 8.

<sup>65</sup> RUGA RIVA, a cura di PELISSERO, *Reati contro l'ambiente e il territorio*, in AA.VV., a cura di PALAZZO-PALIERO, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2013, 4 ss.

<sup>66</sup> CAVANNA, *Delitto di inquinamento ambientale: prime indicazioni giurisprudenziali (nota a Cass. pen. n. 46170/2016)*, cit., p. 807.

<sup>67</sup> AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, cit., p. 325.

<sup>56</sup> CAVANNA, *Delitto di inquinamento ambientale: prime indicazioni giurisprudenziali (nota a Cass. pen. n. 46170/2016)*, cit. p. 806.

<sup>57</sup> RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, cit., p. 3.

<sup>58</sup> DI FIORINO-PROCOPIO, *Inquinamento ambientale: la Cassazione riempie di contenuti la nuova fattispecie incriminatrice*, cit., p. 5.

<sup>59</sup> Corte Cost., 13 gennaio 2004, n.5, cit.

<sup>60</sup> Per una disamina completa sul tema della colpevolezza nei delitti in esame, si veda RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali, considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Diritto penale contemporaneo, passim*.

a cura di Angelo Pignatelli  
Avvocato

## I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

# L'omesso avviso all'imputato dell'udienza preliminare costituisce nullità assoluta e insanabile

### abstract

*The United Sections, have been called to resolve a conflict of interpretation that they had already had occasion to clarify in an ever earlier decisions in Joint Session.*

*In 2003 the United Sections had already made clear that the failure to disclose dell' "notice" accused the preliminary hearing was tantamount to "citation omitted" in court with the consequence of determining – in the event of his failure – an absolute nullity and incurable pursuant to art. 179 c.p.p.*

*This is because an interpretative uncertainty in the jurisprudence of the simple sections that did not intend to recognize the "notice" the same valence vocatio in iudicium of the term "quote was created."*

*Such a different assessment was not only due to a difference in semantics of the term view than to quote, as also by the different nature of the preliminary hearing that was just a «filter» for judgment.*

*This was, after all, the forum where the accused would then have to enforce all its substantive and procedural law.*

### keywords

*Preliminary hearing – Notified – Absolute nullity.*

### abstract

*Le Sezioni unite, sono state chiamate a dirimere un contrasto interpretativo che avevano già avuto occasione di chiarire in una precedente decisioni sempre a Sezioni unite.*

*Nell'anno 2003 il Supremo consesso aveva già chiarito che l'omessa notifica dell' "avviso" all'imputato dell'udienza preliminare equivaleva alla "omessa citazione" in giudizio con la conseguenza di determinare – in caso di sua omissione – una nullità assoluta ed insanabile ai sensi dell'art. 179 c.p.p.*

*Ciò in quanto si era creata una incertezza interpretativa nella giurisprudenza delle Sezioni semplici che non intendevano riconoscere al termine "avviso" la medesima valenza di vocatio in iudicium del termine "citazione".*

*Tale diversa valutazione non era solo dovuta ad una differenza semantica del termine avviso rispetto a quello di citazione, quanto anche dalla diversa natura dell'udienza preliminare che costituiva solo un "filtro" per il giudizio.*

*Era questa, in definitiva, la sede nella quale l'imputato avrebbe poi potuto far valere ogni suo diritto sostanziale e processuale.*

### parole chiave

*Udienza preliminare – Avviso – Nullità assoluta.*

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite (ud. 24 novembre 2016) dep. 17 febbraio 2017. n. 7697

### Omesso avviso – Udienza preliminare – Nullità assoluta

*L'omissione della notifica all'imputato dell'avviso di udienza preliminare costituisce un'ipotesi di nullità assoluta riconducibile nell'alveo dell'art. 179 c.p.p.*

\*\*\*

La questione di diritto rimessa alle Sezioni unite può essere così enunciata: «Se l'omessa notifica all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare configuri un'ipotesi di nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, derivante dalla omessa citazione dell'imputato».

Il quesito viene posto in quanto per la partecipazione all'udienza preliminare l'imputato è destinatario di un "avviso" e non, come previsto per il dibattimento, di una "citazione", per cui i Supremi Giudici sono stati nuovamente consultati per chiarire se l'omesso "avviso" previsto dall'art. 419 c.p.p., equivalga o meno alla omessa "citazione", così da integrare la nullità assoluta di cui all'art. 179 c.p.p.

In più riprese le Sezioni unite, avevano già chiarito in precedenza che l'omessa notifica dell' "avviso" all'imputato equivaleva alla "omessa citazione" con la conseguenza di determinare una nullità assoluta ed insanabile ai sensi dell'art. 179 c.p.p., ciò in quanto il procedimento di notificazione è strumentale alla conoscenza della citazione stessa<sup>1</sup>.

Ai fini della risoluzione della questione oggetto della ordinanza di rimessione, le Sezioni unite hanno ritenuto opportuno ripercorrere le argomentazioni svolte in occasione delle precedenti pronunzie a Sezioni unite Ferrara<sup>2</sup>, che avevano già ricondotto il vizio in esame ad un'ipotesi di nullità assoluta *ex art.* 179 c.p.p., equiparando l'omesso avviso alla omessa citazione.

Sul punto, le sez.un. Ferrara avevano statuito che l'avviso di udienza è notificato unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio del p.m. (atto di esercizio dell'azione penale, con la formulazione dell'imputazione), pertanto esso assume l'aspetto sostanziale e contenutistico di una "citazione", essendo finalizzato a consentire la partecipazione della parte personalmente all'udienza con la possibilità di esplicitare la propria difesa.

Nonostante l'esistenza del precedente approdo nella sua massima espressione, di recente si è riaperto il contrasto interpretativo in quanto alcune Sezioni Semplici hanno ripreso la tesi della natura intermedia di tale invalidità.

In particolare la Quarta Sezione<sup>3</sup>, pur dando atto dell'esistenza di "autorevole giurisprudenza in senso contrario", per ricondurre la invalidità all'art. 180 c.p.p., nonostante la modifica apportata dalla legge n. 479 del 1999 che ha determinato un avvicinamento dell'istituto dell'udienza preliminare a quella del dibattimento, hanno sottolineato che l'udienza preliminare conserverebbe comunque la sua eminente "fun-

zione di filtro", con impossibilità di assimilare le due diverse fasi processuali e, quindi, con diversa valenza della *vocatio* dell'imputato.

Tale pronuncia si colloca nella scia di altre precedenti sentenze che avevano sostenuto la medesima tesi.

In particolare, nella pronuncia della Quinta Sezione<sup>4</sup> viene ribadito che l'avviso non sarebbe una citazione, termine questo inteso come chiamata dell'imputato in sede dibattimentale. Ne consegue la diversità del regime delle nullità previste dall'art. 419 c.p.p., comma 7 rispetto a quello riguardante il decreto che dispone il giudizio (art. 429 c.p.p., comma 2) in relazione alla diversa funzione dell'atto nella dinamica del procedimento. Pertanto, concludevano i Giudici della Quinta sezione, con riferimento c.p.p., quando la norma parla dell'omessa citazione dell'imputato, essa non può che riferirsi alla notifica del decreto che dispone il giudizio. Al contrario, l'avviso per l'udienza preliminare, pur rientrando tra gli atti che determinano un intervento dell'imputato, non è una citazione, termine per lo più inteso come chiamata in sede dibattimentale in connessione con il giudizio citando a sostegno altri precedenti in Cass. pen. 7523 del 19/5/2000 e Cass. 35678 del 28/4/2003.

Precedentemente anche la Sesta Sezione<sup>5</sup> aveva ritenuto che «l'omessa notifica dell'avviso (...) non costituisce ipotesi di nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 c.p.p., bensì rientra nel regime di cui all'art. 180 c.p.p.». Anche in tal caso l'opzione interpretativa veniva giustificata con la *funzione di mero filtro* e non di giudizio affidata all'udienza innanzi al G.U.P.

Le Sezioni unite nel dirimere l'apparente contrasto colgono l'occasione di ribadire con altrettanto autorevolezza la funzione di nomofilachia affidata alla Corte di Cassazione dall'art. 65 Ord. giud. quale diretta espressione del principio Costituzionale contenuto nell'art. 3 Cost.

In particolare, ricordano i Giudici delle Sezioni unite che, l'art. 65 Ord. giud. attribuisce tale funzione alla Corte di Cassazione ed essa appartiene ad ogni Sezione della Corte medesima.

Aggiungono, altresì, che quando, in presenza di decisioni in contrasto, intervengono le Sezioni unite per mettere fine ad una incertezza interpretativa, la decisione delle Sezioni unite costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura che determina affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare.

Ammoniscono infine, i Giudici del Supremo Consesso, che una volta risolto un contrasto la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto.

Tanto rimarcato, le Sezioni Unite fissano anche i limiti entro i quali è ammissibile un'*overruling*, di una

<sup>1</sup> *Ex plurimis*, sez.un., 27 febbraio 2002, n. 17179, Conti, Rv. 221402; sez. un., 27 ottobre 2004, dep. 2005, Palumbo, n. 119 Rv. 229539.

<sup>2</sup> sez. un. del 09 luglio 2003, n. 35358, Ferrara, Rv. 225361.

<sup>3</sup> sez. 4, 12 novembre 2015, n. 46991, Portera, Rv. 265662.

<sup>4</sup> sez. 5, 09 ottobre 2013, n. 49473, Leone, Rv. 257182.

<sup>5</sup> sez. 6, 15 aprile 2010, n. 17779, R.E., Rv. 257181.

precedente sentenza a Sezioni unite. In quest'ultimo caso, la rivisitazione del precedente giurisprudenziale:

- deve mostrare consapevolezza dell'intenzione del mutamento della giurisprudenza;
- deve essere sostenuta da un tessuto argomentativo della motivazione rafforzato rispetto al precedente da cui intende discostarsi;
- deve essere caratterizzato da esaustiva persuasività.

Per i Giudici Ermellini tali caratteri non sono presenti nelle sentenze delle sezioni semplici della Corte di Cassazione che hanno determinato il riaffiorarsi del nuovo contrasto interpretativo, senza confrontarsi con le precedenti argomentazioni esplicitate dalle Sezioni unite.

Nel caso di specie, le Sezioni semplici, nel sostenere un orientamento interpretativo contrario a quello enunciato nella sentenza Ferrara, sono incorse in un contrasto inconsapevole e comunque non argomentato.

Invero, per avvalorare quest'ultimo assunto delle Sezioni unite è sufficiente ricordare in sintesi gli argomenti sviluppati dalla precedente sentenza Ferrara. Sul punto, la Sentenza Ferrara aveva già ritenuto inconsistenti, tra gli altri, proprio l'argomento principale richiamato nell'*overruling* delle sezioni semplici secondo le quali l'istituto dell'udienza preliminare conserverebbe la sua eminente funzione di filtro. Sul punto, avevano segnalato i Supremi Giudici che il dato lessicale diventava inconsistente in quanto ciò che rilevava è che la segnalata ed indiscutibile funzione di filtro si attua in una fase avente natura giurisdizionale, dovendosi considerare che, sebbene l'udienza preliminare non possa concludersi con una condanna, sussiste pur sempre l'interesse dell'imputato ad ottenere una sentenza di non doversi procedere.

A sottolineare la portata di questo interesse v'è la previsione (art. 420 c.p.p. comma 1) della necessaria presenza del difensore nonché il rilievo che la pronuncia emessa *ex art.* 425 c.p.p., anche se non è ricompresa tra quelle di cui agli artt. 648 e 649 c.p.p., le quali sono formalmente preclusive di un secondo giudizio, impedisce ugualmente l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona ove in concreto manchino le condizioni per la sua revocabilità; quando poi essa sia stata emessa per estinzione del reato l'effetto preclusivo è irreversibile al pari di quello di cui all'art. 649 c.p.p., non essendo configurabile neppure in astratto la sopravvenienza di presupposti per un nuovo esercizio dell'azione penale.<sup>6</sup>

Hanno, altresì, osservato i Supremi Giudici della sentenza Ferrara che l'avviso di udienza è notificato unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio del p.m. (atto di esercizio dell'azione penale, con la formulazione dell'imputazione), pertanto esso assume l'aspetto

sostanziale e contenutistico di una "citazione", essendo finalizzato a consentire la partecipazione della parte personalmente all'udienza con la possibilità di esplicitare la propria difesa. Di ciò vi è riscontro nel fatto che, quando, con la l. 16 dicembre 1999, n. 479, fu modificato, l'art. 429 c.p.p., comma 1, lett. c), aggiungendosi, dopo le parole "l'enunciazione del fatto", l'espressione "in forma chiara e precisa", identico intervento venne operato per l'art. 417 c.p.p., relativamente alla richiesta di rinvio a giudizio (da allegare all'avviso), a dimostrazione della equivalenza dei due atti.

L'art. 479 c.p.p., comma 4, al fine di garantire il contraddittorio nell'udienza preliminare, prevede «la citazione del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria». Poiché sarebbe privo di qualsiasi razionale giustificazione che si sia voluto distinguere, quanto alla *vocatio*, tra la posizione di parti eventuali e quella dell'imputato, il quale verrebbe semplicemente notiziato, non può che ritenersi che anche quest'ultimo sia destinatario di un atto avente valenza di citazione, sebbene denominato avviso. L'art. 420, comma 2, c.p.p. stabilisce che nell'udienza preliminare «il giudice procede agli accertamenti relativi alla costituzione delle parti». È innegabile che il concetto di costituzione sia consequenziale a quello di citazione, in una prospettiva analoga al dibattimento. A conferma di ciò, la l. n. 479 del 1999, c.d. legge Carotti, ha topograficamente trasferito le norme sulla contumacia (oggi assenza, a seguito della l. n. 67 del 2014) e dell'impedimento a comparire, in precedenza previste dall'art. 485 c.p.p. e segg., nelle disposizioni degli artt. 420-*bis* c.p.p. e ss., previste per l'udienza preliminare, in una prospettiva di assimilazione della costituzione delle parti in tale udienza alle analoghe norme previste negli atti introduttivi al dibattimento.

Ulteriore argomento per sostenere l'assimilazione dell'avviso alla citazione è la mutata natura dell'udienza preliminare a seguito di plurime riforme legislative, nonché degli interventi della giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale: non può più essere confinata ad una funzione di mero filtro processuale, ma è assurda al rango di vero e proprio giudizio, con conseguente innalzamento delle garanzie per l'imputato, in una prospettiva di valutazione di merito dell'accusa. A conforto del loro argomentare i Giudici della sentenza Ferrara citavano altro autorevole arresto delle Sezioni unite n. 39915 del 30 ottobre 2002, Vottari, la quale segnalava esplicitamente un'accelerazione della disciplina dell'udienza preliminare verso un vero e proprio giudizio di merito, sebbene con l'applicazione di una regola di giudizio diversa dal dibattimento e cioè della sostenibilità dell'accusa e della utilità del dibattimento. Un avallo di tale evoluzione lo si rinviene nelle sentenze della Corte Cost. n. 224 e n. 335 del 2002, laddove nel riconoscere alcune ipotesi di incompatibilità del G.u.p. ai sensi dell'art. 34 c.p.p., operano una premessa sulla valutazione della

<sup>6</sup> Cfr. Cass., 24 gennaio 1997, n. 00459 RV. 207728; Cass., 25 settembre 1999, n. 02455, RV. 214905; Cass., 8 agosto 2002, n. 08855, RV. 216901.

natura dell'udienza preliminare, oramai divenuta un "giudizio" in cui vengono svolte vere e proprie valutazioni di merito.

Del resto, sebbene l'epilogo dell'udienza preliminare non possa essere una condanna, l'imputato con la sua partecipazione manifesta tutto l'interesse ad ottenere una sentenza di non luogo a procedere (con il più ampio spettro di possibilità previsto dal novellato art. 425 c.p.p., comma 3), pronuncia che pur non costituendo un vero e proprio giudicato, ha una sua stabilità garantita dagli artt. 434 e 435 c.p.p.

Peraltro, segnalano sempre le Sezioni unite, l'assimilazione dell'avviso alla citazione, nel panorama giurisprudenziale di legittimità, non è una novità. In materia di misure cautelari, per l'udienza innanzi al Tribunale del riesame, non si parla di "citazione" bensì di "avviso" (art. 309 c.p.p., comma 8, art. 324 c.p.p., comma 8): nonostante ciò si ritiene che l'omissione della notifica comporti nullità assoluta.<sup>7</sup>

Anche nel procedimento di esecuzione, l'art. 666 c.p.p., comma 3, dispone che l'avviso dell'udienza venga notificato all'interessato e la relativa omissione ha sempre determinato, secondo consolidata giurisprudenza, una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 c.p.p.<sup>8</sup>

Secondo la Sentenza Ferrara un ulteriore rilevante indice interpretativo viene desunto dalla stessa Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale (Suppl. ord. n. 2, G.U. n. 250 del 24/10/1988), ove a pag. 57 si legge «è rimasta insanabile la omessa citazione che va intesa come riferita non al solo dibattimento, ma anche a momenti diversi, come ad esempio, l'udienza preliminare». Si tratta di un indizio interpretativo particolarmente autorevole, perché proveniente dallo stesso legislatore (art. 12 preleggi). Da tali considerazioni, le Sezioni unite Ferrara, hanno concluso per la palese inidoneità del dato lessicale, "avviso", a sostenere la tesi che la sua omessa notifica non sia riconducibile alla nullità assoluta di cui all'art. 179 c.p.p.

Infatti una lettura ragionata del testo di tale disposizione non può che portare a far ritenere che là dove il legislatore ha fatto riferimento alla "citazione" abbia voluto fornire a tale espressione non già il significato di formale ed espresso invito a comparire, ma di atto, o meglio, di insieme di adempimenti a carico dell'ufficio, con i quali l'imputato, l'indagato o il condannato vengono posti in condizione di partecipare ad una fase processuale che si conclude con una decisione, fase anche antecedente o successiva rispetto al giudizio in

senso stretto, come pure incidentale rispetto al procedimento principale.

Se il legislatore avesse inteso limitare la sanzione dell'art. 179 c.p.p., alla sola citazione dell'imputato per il giudizio in senso stretto, gli sarebbe stato facile precisarlo, mentre sarebbe stato molto difficile stilare l'elenco di tutte le ipotesi di convocazione del predetto (per l'udienza dibattimentale, per quelle camerali, ecc.) da inserire nella previsione.

Quando ha voluto imporre limitazioni, il legislatore lo ha espressamente affermato: nell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), a proposito della persona offesa, la norma sancisce che la nullità della sua omessa citazione è limitata alla "citazione per il giudizio".

Pertanto l'indicazione "omessa citazione" contenuta nell'art. 179 c.p.p., non rivela la volontà del legislatore di escludere ipotesi di *vocatio* dell'imputato diverse da quella per il giudizio, ma piuttosto l'intento di ricomprenderle.

Queste in sintesi gli argomenti sulla scorta dei quali le Sezioni unite Ferrara avevano già statuito il principio di diritto secondo il quale l'omissione della notifica all'imputato dell'avviso di udienza preliminare costituiva un'ipotesi di nullità assoluta riconducibile nell'alveo dell'art. 179 c.p.p..

Nel medesimo senso, non sussistendo valide ragioni per modificare l'orientamento interpretativo precedente, i Supremi Giudici con la sentenza in esame hanno ribadito lo stesso principio di diritto: «L'omessa notifica all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare configura un'ipotesi di nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, derivante dalla omessa citazione dell'imputato».

<sup>7</sup> sez. 1, 28 marzo 1996, n. 2020, Di Giovanni, Rv. 204536; sez. un., 25 ottobre 2000, n. 29, Scarlino, Rv. 216960.

<sup>8</sup> Cfr. sez. 1, 11 marzo 1994, n. 272, Sangiorgio, Rv. 196672; sez. 1, 04 novembre 1997, n. 6168, Zicchitella, Rv. 209134; sez. 3, 29 luglio 1998, n. 1730 Viscione, Rv. 211550; sez. 2, 17 novembre 1999, dep. 2000, n. 5495, Esposito, Rv. 216349; sez. 2, 03 aprile 2003, n. 20904, Giannini, Rv. 225089.

a cura di  
**Andrea Alberico**  
 Dottore di Ricerca in Diritto Penale - Avvocato

## Rassegna di legittimità

### Competenza – Rimessione del processo – Casi – Libertà di determinazione – “Grave situazione locale” – Nozione – Fattispecie

*In tema di rimessione del processo, la “grave situazione locale” di cui all’art. 45 c.p.p. è configurabile in presenza di un fenomeno esterno alla dialettica processuale, riguardante l’ambiente territoriale nel quale il processo si svolge e connotato da tale abnormità e consistenza da non poter essere interpretato se non nel senso di un pericolo concreto per la non imparzialità dell’ufficio giudiziario della sede in cui si svolge il processo di merito, ovvero di un pregiudizio alla libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo medesimo. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso la rilevanza, ai fini della rimessione, del “clima” in cui si celebra il processo quale determinato dalle condotte degli imputati o degli altri soggetti chiamati a parteciparvi – nella fattispecie: le intemperanze di un imputato e di un collaboratore di giustizia nei confronti, rispettivamente, del pubblico ministero di udienza e del collegio difensivo, cui avevano fatto seguito manifestazioni pubbliche di solidarietà da parte di vari soggetti del mondo politico ed istituzionale, ovvero della stessa magistratura ed avvocatura associata – costituisca un elemento perturbatore della serenità del giudicante, giacché in caso contrario si affiderebbe alla patologica e illecita condotta delle parti processuali lo strumento per potere “scegliere” fori alternativi rispetto a quello naturalmente determinato).*

Cass., sez. 2, ordinanza 23 dicembre 2016, n. 55328

(dep. 30 dicembre 2016), Rv. 268531

Pres. Diotallevi, Rel. Ariolli, Imp. Mancuso e altri, P.M. Baldi (Conf.)

(Dichiara inammissibile, Trib. Vibo Valentia, 14 novembre 2016)

### Esecuzione – Giudice dell’esecuzione – Concorso formale e reato continuato – Determinazione della pena – Possibilità di rettificare in aumento le pene inflitte dal giudice della cognizione per i reati satelliti già giudicati – Esclusione

*Il giudice dell’esecuzione, nel procedere alla rideterminazione del trattamento sanzionatorio per effetto dell’applicazione della disciplina del reato continuato, non può quantificare gli aumenti di pena per i reati-satellite in misura superiore a quelli fissati dal giudice della cognizione con la sentenza irrevocabile di condanna.*

Cass., sez. un., sentenza 24 novembre 2016, n. 6296

(dep. 10 febbraio 2017), Rv. 268735

Pres. Canzio, Rel. Bonito, Imp. Nocerino, P.M. Fimiani (Conf.)

(Annulla con rinvio, App. Napoli, 26 giugno 2015)

### Fonti del diritto – Leggi – Legge penale – Territorialità – In genere – Reato commesso in parte all’estero – Giurisdizione del giudice italiano – Condizioni – Fattispecie in tema di ricettazione

*In tema di ricettazione, va affermata la giurisdizione italiana quando nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta, il cui oggettivo rilievo, seppur privo dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile in modo tale da collegare la parte della condotta realizzata in Italia a quella realizzata in territorio estero. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto la giurisdizione interna in un caso nel quale il delitto di cui all’art. 648 c.p. era stato preceduto dalla commissione in Italia di un’attività preparatoria, consistita nel reperimento di un acquirente della refurtiva e nella spedizione della stessa nello Stato estero, ove era poi stata portata a compimento la programmata ricettazione).*

Cass., sez. 5, sentenza 8 novembre 2016, n. 570

(dep. 05 gennaio 2017), Rv. 268599

Pres. Vessichelli, Rel. Pistorelli, Imp. Figliomeni, P.M. Fimiani (Parz. Diff.)

(Annulla con rinvio, Trib. lib. Reggio Calabria, 14 marzo 2016)

**Impugnazioni – Provvedimenti impugnabili – Provvedimenti abnormi – Giudizio direttissimo in caso di arresto in flagranza convalidato – Presentazione dell'imputato in udienza entro il trentesimo giorno dall'arresto – Restituzione degli atti al PM per ritenuta irrivalenza del giudizio direttissimo in assenza di misura cautelare o di confessione in sede di interrogatorio – Abnormità – Sussistenza – Ragioni**

*È abnorme il provvedimento del giudice che, investito della celebrazione di processo per direttissima a seguito di arresto in flagranza convalidato e di tempestiva presentazione in udienza dell'imputato, ai sensi dell'art. 449, comma quarto, c.p.p. disponga la restituzione degli atti al Pubblico Ministero, erroneamente ritenendo che il giudizio è stato irrivalentemente instaurato perché l'imputato non è stato sottoposto a misura cautelare né ha reso confessione in sede di interrogatorio. (In motivazione, la S.C. ha osservato che ai casi di abnormità funzionale va aggiunta anche l'ipotesi, ricorrente nella fattispecie, in cui il PM sia costretto a commettere violazioni di legge derivanti dall'imposizione di un diverso e non consentito modo di esercizio dell'azione penale).*

Cass., sez. 5, sentenza 4 novembre 2016, n. 569

(dep. 05 gennaio 2017), Rv. 268598

Pres. Bruno, Rel. De Marzo, Imp. P.M. in proc. Cheptanaru, P.M. Fraticelli M. (Conf.)

(Annulla senza rinvio, Trib. Roma, 26 maggio 2015)

**Misure cautelari – Personali – Applicazione provvisoria di misure di sicurezza – Procedimento – Imputato già interrogato a seguito dell'applicazione di misura custodiale – Nuovo interrogatorio – Necessità – Esclusione – Ragioni – Fattispecie**

*In tema di misure di sicurezza, l'omesso interrogatorio, nel termine di cinque giorni decorrenti dall'applicazione provvisoria della misura, non ne determina la perdita di efficacia, qualora essa sia adottata in epoca successiva all'applicazione della misura della custodia cautelare, in quanto l'art. 313 c.p.p. prevede che l'audizione specifica del prevenuto sia necessaria solo nel caso in cui non vi sia stato un precedente interrogatorio, nel corso del quale l'indagato abbia avuto modo di esporre le sue ragioni. (Fattispecie di applicazione provvisoria della misura del ricovero in casa di cura e custodia nei confronti di soggetto già sottoposto agli arresti domiciliari, successivamente revocati, nella quale la S.C. ha osservato che l'interrogatorio è atto preordinato a quelle stesse funzioni di garanzia che svolge con riguardo all'intero sistema delle misure cautelari e non, invece, alla verifica della pericolosità sociale del soggetto, accertamento che deve precedere l'adozione della misura di sicurezza).*

Cass., sez. 5, sentenza 26 settembre 2016, n. 555

(dep. 05 gennaio 2017), Rv. 268594

Pres. Bruno, Rel. Catena, Imp. V., P.M. Pinelli (Conf.)

(Rigetta, Trib. lib. Roma, 31 maggio 2016)

**Notificazioni – A mezzo posta – Notificazione all'imputato non detenuto – Validità – Condizioni – Effettività della residenza anagrafica – Accertamento – Modalità**

*È valida la notifica effettuata all'imputato non detenuto per il tramite del servizio postale presso la residenza anagrafica, la cui effettività sia stata accertata dalla polizia giudiziaria attraverso informazioni assunte da alcune persone "in loco", a nulla rilevando la loro mancata identificazione o qualificazione.*

Cass., sez. 4, sentenza 5 ottobre 2016, n. 55168

(dep. 29 dicembre 2016), Rv. 268723

Pres. Izzo, Rel. Cenci, Imp. Ferrara, P.M. Angelillis (Diff.)

(Rigetta, App. Torino, 16 settembre 2015)

**Persona giuridica – Società – In genere – Responsabilità da reato degli enti – Esercizio dei diritti di difesa – Ente costituitosi ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001 – Richiesta di riesame avverso decreto di sequestro preventivo – Proposizione ad opera di difensore diverso da quello indicato nell'atto di costituzione – Procura speciale – Necessità – Omesso invio dell'informazione di garanzia – Rilevanza – Esclusione**

*In tema di responsabilità da reato degli enti, è inammissibile, in assenza di procura speciale, la richiesta di riesame di un decreto di sequestro preventivo presentata, nell'interesse di un ente già costituitosi nel procedimento ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001, da un difensore diverso da quello indicato nell'atto di costituzione, a nulla rilevando, ai fini della valutazione di ammissibilità del gravame, il fatto che il predetto ente non abbia ricevuto l'informazione di garanzia di cui all'art. 57 del predetto d.lgs. n. 231.*

Cass., sez. 2, sentenza 16 settembre 2016, n. 2655

(dep. 19 gennaio 2017), Rv. 268612

Pres. Diotallevi, Rel. De Crescenzo, Imp. Chiaraluce

(Rigetta, Trib. lib. Lecce, 18 dicembre 2015)

### Reati contro il patrimonio – Delitti – Ricettazione – In genere – Ricettazione e riciclaggio riguardanti il provento di reato di bancarotta patrimoniale – Condotta anteriore alla dichiarazione di fallimento – Configurabilità del reato – Sussistenza – Condizioni – Ragioni

*I delitti di ricettazione e riciclaggio riguardanti il provento del reato di bancarotta fraudolenta sono configurabili anche nell'ipotesi di condotte distrattive compiute prima della dichiarazione di fallimento, in tutti i casi in cui tali condotte erano "ab origine" qualificabili come appropriazione indebita ai sensi dell'art. 646 c.p., per effetto del rapporto di progressione criminosa esistente fra le fattispecie che comporta l'assorbimento di tale ultimo delitto in quello di cui all'art. 216 L.F. quando il soggetto, a danno della quale l'agente ha realizzato la condotta appropriativa, venga dichiarato fallito.*

Cass., sez. 5, sentenza 16 novembre 2016, n. 572

(dep. 05 gennaio 2017), Rv. 268600

Pres. Vessichelli, Rel. Scarlini, Imp. P.M. in proc. Spendolini e altro, P.M. Orsi (Conf.)

(Annulla con rinvio, G.U.P. Trib. Roma, 11 maggio 2016)

### Reati contro la persona – Delitti contro la libertà individuale – Violenza sessuale – Atti sessuali con minorenni – Prostituzione minorile – Dazione di somme modeste a titolo di simbolica gratificazione per l'attività sessuale offerta – Irrilevanza ai fini della integrazione del reato – Esclusione – Ragioni

*Il reato di cui all'art. 600-bis c.p. non è escluso dalla modestia delle somme di denaro versate al minore, a titolo di mera gratificazione simbolica dell'attività sessuale offerta e non quale corrispettivo della prestazione sessuale, non rilevando l'entità, più o meno modesta, del pagamento, ovvero la soggettiva finalizzazione dello stesso, bensì l'oggettiva sinallagmaticità delle prestazioni, patrimoniali, da un lato, e sessuali, dall'altro.*

Cass., sez. 3, sentenza 22 settembre 2016, n. 55301

(dep. 30 dicembre 2016), Rv. 268533

Pres. Ramacci, Rel. Riccardi, Imp. H. P.M. Di Nardo (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Ancona, 02 luglio 2015)

### Reato – Circostanze – Aggravanti in genere – Uso di un'arma – Necessità che l'arma sia impugnata – Esclusione – Fattispecie

*In tema di delitto circostanziato, ai fini della configurabilità dell'aggravante dell'arma, è necessario che il reo sia palesemente armato, ma non che l'arma sia addirittura impugnata per minacciare, essendo sufficiente che essa sia portata in modo da poter intimidire, cioè in modo da lasciare ragionevolmente prevedere e temere un suo impiego quale mezzo di violenza o minaccia per costringere il soggetto passivo a subire quanto intimatogli. (Fattispecie di violenza sessuale e rapina, nella quale la S.C. ha ravvisato l'aggravante in oggetto nella condotta dell'imputato consistita nell'aver appoggiato al torace della persona offesa uno strumento duro ed appuntito e nell'averla costretta, mantenendo tale strumento accostato al collo della stessa, a recarsi in una zona isolata dove i predetti reati sarebbero stati poi consumati).*

Cass., sez. 3, sentenza 22 settembre 2016, n. 55302

(dep. 30 dicembre 2016), Rv. 268535

Pres. Ramacci, Rel. Riccardi, Imp. D., P.M. Di Nardo (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Roma, 29 ottobre 2015)

### Reato – Concorso di reati – Concorso formale – Delitto di sequestro di persona – Concorso con i reati di violenza sessuale e di rapina – Configurabilità – Condizioni – Individuazione

*Il delitto di sequestro di persona concorre con quelli di violenza sessuale o di rapina, nel caso in cui la privazione della libertà personale si protrae, quanto al delitto di cui all'art. 609-bis c.p., nel tempo anteriore o successivo alla costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali e, quanto al delitto di cui all'art. 628 c.p., anche dopo l'avvenuto impossessamento della "res", ma per un tempo apprezzabile e senza necessità ai fini della consumazione della rapina.*

Cass., sez. 3, sentenza 22 settembre 2016, n. 55302

(dep. 30 dicembre 2016), Rv. 268534

Pres. Ramacci, Rel. Riccardi, Imp. D., P.M. Di Nardo (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Roma, 29 ottobre 2015)

## Rassegna di merito

### CODICE PENALE

#### Lesioni volontarie: aggravanti dell'uso di strumento offensivo – Caratteristiche

(art. 82 – 585 c.p.)

*In tema di lesioni personali volontarie, ricorre la circostanza aggravante dell'uso di uno strumento atto ad offendere di cui all'art. 585 c. 2 n. 2 c.p., laddove la condotta lesiva sia in concreto realizzata adoperando qualsiasi oggetto, anche di uso comune e privo di apparente idoneità all'offesa.*

Tribunale di Nola, G.M. Imparato, sentenza 17 gennaio 2017, n. 115

#### Omicidio colposo: infortunio sul lavoro – Condotta abnorme del lavoratore – Casistica

(art. 589 c.p.)

*Non integra il comportamento abnorme idoneo ad escludere il nesso di causalità tra la condotta omissiva del datore di lavoro e l'evento lesivo o mortale patito dal lavoratore, il compimento da parte di quest'ultimo di un'operazione che, seppure inutile ed imprudente, non risulta eccentrica rispetto alle mansioni a lui specificamente assegnate nell'ambito del ciclo produttivo. Deve trattarsi, quindi, di un atto anomalo ed imprevedibile e come tale inevitabile, un comportamento cioè che ragionevolmente non può farsi rientrare nell'obbligo di garanzia posto a carico del datore di lavoro. Il suddetto comportamento deve, in particolare consistere in qualcosa di radicalmente ed ontologicamente diverso dalle ipotizzabili e quindi prevedibili imprudenti scelte del lavoratore nell'esecuzione del lavoro.*

Tribunale Nola, G.M. Cervo, sentenza 24 ottobre 2016, n. 3082

#### Omicidio colposo: infortunio sul lavoro – Comportamento imprudente del lavoratore – Colpa del datore di lavoro – Sussistenza

(art. 589 c.p.)

*Il solo imprudente comportamento del lavoratore nello svolgimento delle sue mansioni, non è invocabile, invece, a sua discolpa dal datore di lavoro, il quale per la sua posizione di garanzia, risponde dell'infortunio, sia a titolo di colpa diretta, per non aver negligenzatamente impedito l'evento lesivo ed eliminato le condizioni di rischio, che a titolo di colpa indiretta, per aver erroneamente invocato a sua discriminante la responsabilità altrui qualora le misure di prevenzione siano state inadeguate.*

Tribunale Nola, G.M. Cervo, sentenza 24 ottobre 2016, n. 3082

#### Omicidio colposo: infortunio sul lavoro – Responsabilità del datore di lavoro – Presupposti e condizioni

(art. 589 c.p.)

*Il datore di lavoro in quanto titolare di una posizione di garanzia in ordine alla incolumità fisica dei lavoratori, ha il dovere di accertarsi del rispetto dei presidi antinfortunistici, vigilando sulla sussistenza e persistenza delle condizioni di sicurezza ed esigendo dagli stessi lavoratori l'osservanza delle regole di cautela, sicchè la sua responsabilità può essere esclusa, per causa sopravvenuta, solo in virtù di un comportamento del lavoratore avente i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità e, comunque, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo ed alle precise direttive organizzative ricevute, connotandosi come del tutto imprevedibile o inopinabile.*

Tribunale Nola, G.M. Cervo, sentenza 24 ottobre 2016, n. 3082

#### Omicidio colposo: infortunio sul lavoro – Obblighi a carico del datore di lavoro – Colpa specifica – Requisiti

(art. 589 c.p.)

*Il datore di lavoro che non adempie agli obblighi di informazione e formazione gravanti su di lui e sui suoi delegati risponde, a titolo di colpa specifica, dell'infortunio dipeso dalla negligenza del lavoratore, il quale nell'espletamento*

delle proprie mansioni, pone in essere condotte imprudenti, trattandosi di conseguenza diretta e prevedibile della inadempienza degli obblighi formativi.

Tribunale Nola, G.M. Cervo, sentenza 24 ottobre 2016, n. 3082

## CODICE PROCEDURA PENALE

### Misure cautelari personali: appello – Riforma sfavorevole all'indagato – Limiti- Regole generali del giudizio di cognizione – Applicabilità

(art. 310 c.p.p.)

*In tema di misure cautelari personali, al Giudizio di appello ex art. 310 c.p.p., si applicano le regole generali di tale mezzo di gravame previsto negli articoli 593 e 605 c.p.p., per il giudizio di cognizione. Ne deriva che è applicabile, sia pure con i temperamenti dovuti alla fase procedimentale, la regola, parimenti consolidata, per cui nel giudizio di appello, in assenza di elementi sopravvenuti, per la riforma in senso sfavorevole all'indagato di una prima decisione, non basta una diversa valutazione del materiale probatorio acquisito che sia caratterizzato da pari plausibilità rispetto a quella operata dal Giudice a quo, ma occorre una forza persuasiva superiore, tale da superare le lacune dimostrative evidenziate nel provvedimento impugnato.*

Tribunale Napoli, sez. XII Riesame, ordinanza 22 febbraio 2017, n. 788

### Misure cautelari reali: riesame – Verifica di legittimità del provvedimento applicativo – Limiti e poteri del Giudice

(art. 309 c.p.p.)

*La verifica di legittimità di un provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non può sconfinare nel sindacato sulla concreta fondatezza dell'accusa, non essendo necessario che il Giudice del riesame valuti la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ma essendo richiesto che il sindacato si esaurisca nell'ambito dell'accertamento, incidentale e provvisorio, dell'esistenza di un rapporto di simmetrica corrispondenza tra il fatto manifestatosi e la fattispecie normativa nella quale esso può essere inquadrato, e quindi in una verifica dell'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato e in un controllo della esatta qualificazione dell'oggetto del provvedimento. Inoltre, "il sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p. assolve non solo alla funzione di bloccare i reati in itinere, stroncandone la condotta, ma anche a quella di evitare che coloro i quali abbiano violato la legge penale possano continuare a trarre vantaggi dall'illecito posto in essere". Nondimeno, un più recente orientamento della S.C. afferma che "in sede di riesame dei provvedimenti che dispongono misure cautelari reali, il giudice, benchè gli sia precluso l'accertamento del merito dell'azione penale ed il sindacato sulla concreta fondatezza dell'accusa, deve operare il controllo, non meramente cartolare, sulla base fattuale nel singolo caso concreto, secondo il parametro, del "fumus", del reato ipotizzato, con riferimento anche all'eventuale difetto dell'elemento soggettivo, purchè di immediato rilievo.*

Tribunale Santa M.C.V., sez. Riesame, ordinanza 20 dicembre 2016, n. 505

### Misure cautelari reali: riesame – Potere del Giudice – Valutazione sommaria

(art. 309 c.p.p.)

*In sede di riesame dei provvedimenti che dispongono misure cautelari reali, al Giudice è demandata un valutazione sommaria in ordine al "fumus" del reato ipotizzato relativamente a tutti gli elementi della fattispecie contrastata. Ne consegue che lo stesso Giudice può rilevare anche il difetto dell'elemento soggettivo del reato, purchè esso emerga "ictu oculi".*

Tribunale Santa M.C.V., sez. Riesame, ordinanza 20 dicembre 2016, n. 505

### Valutazione della prova: silenzio dell'imputato – Effetti

(art. 192 c.p.p.)

*Il silenzio serbato dall'indagato in sede di interrogatorio di garanzia non può essere utilizzato quale elemento di prova a suo carico, ma da tale comportamento processuale il giudice può trarre argomenti di prova, utili per la valutazione delle circostanze aliunde acquisite. Per cui laddove gli imputati non forniscono alcuna alternativa versione dei fatti, non rendendo alcuna dichiarazione in merito, il loro silenzio rafforza l'attendibilità del racconto della persona offesa.*

Tribunale di Nola, G.M. Imparato, sentenza 17 gennaio 2017, n. 115

## LEGGI PENALI SPECIALI

**Gratuito patrocinio: falsa autodichiarazione in merito al reddito percepito – Configurabilità del reato**

(art. 95 d.P.R. 115/02)

*La falsa dichiarazione di aver percepito un reddito complessivo diverso da quello reale, onde ottenere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, integra il reato di cui all'art. 95 d.P.R. 115/02 che punisce la falsità o le omissioni nella dichiarazione sostitutiva di certificazione, nelle dichiarazioni, nelle indicazioni e nelle comunicazioni previste dall'art. 79 c. 1 lett. B), c) e d) del medesimo decreto.*

Tribunale Avellino, G.M. Matarazzo, sentenza 11 gennaio 2017, n. 30

**Circolazione stradale: guida in stato di alterazione psicofisica – Rifiuto di sottoporsi ad accertamenti – Condotta punibile**

(art. 187 C.d.S.)

*La fattispecie di cui all'art. 187 c. 8 d.lgs. in relazione all'art. 186 c. 2 lett. c) d.lgs. 295/92, punisce tanto il rifiuto espresso quanto comportamenti elusivi. Infatti il rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcoolimetrici, che integra il reato di cui all'art. 186 c. 7 C.d.S., si configura non solo in presenza di manifestazioni espresse di disponibilità a sottoporsi al test, ma anche quando il conducente del veicolo - pur opportunamente edotto circa le modalità di esecuzione dell'accertamento - attui una condotta ripetutamente elusiva del metodo di misurazione del tasso alcolemico.*

Tribunale Nola, G.M. Carbone, sentenza 17 novembre 2016, n. 3349

**Abilitazione alla professione forense: parere motivato – Utilizzo di formule definitorie di comune impiego nel mondo giuridico – Reati da falsa attribuzione di un elaborato altrui – Esclusione**

(art 1 l. 475/25)

*In sede di esame per conseguire l'abilitazione forense, l'utilizzo nel parere motivato di parole corrispondenti con quelle delle fonti pubblicate in Rete – ferma la negativa valutazione operata dalla Commissione esaminatrice – non realizza l'impiego censurato dall'art. 1 citato. D'altronde, per "dissertazione" deve intendersi l'ampia, approfondita e dotta trattazione di un argomento; così come con "studio o lavoro" si indica l'esposizione articolata di un tema, frutto di un'elaborazione concettuale autonoma. Se ne deduce, argomentando a contrario, che non appare corretto ricondurre al fatto tipico (dissertazione, studio o lavoro) mere ed elementari formule definitorie, di comune impiego nel mondo del diritto, ovvero citazioni pedissequae di massime giurisprudenziali (peraltro agevolmente ricavabili dai codici commentati, il cui uso è consentito in sede di esame di abilitazione).*

Tribunale Nocera Inferiore, G.I.P. Levita, sentenza 27 febbraio 2017, n. 78

**Abilitazione forense: falsa attribuzione di un elaborato altrui – Interesse tutelato**

(art 1 l. 475/25)

*La norma incriminatrice, come è noto, ha la finalità di tutelare l'interesse alla genuinità di un elaborato che deve essere esaminato dai componenti di una commissione incaricata della valutazione (Cass. pen., sez. III, 1 marzo 1979, n. 2139) assicurando che l'aspirante ad un titolo o ad un impiego sia realmente in possesso dei requisiti richiesti per conseguirlo e che il giudizio dell'autorità che procede alla relativa valutazione non sia fuorviato dall'accreditare come proprio il lavoro altrui (Cass. pen., sez. III, 6 novembre 1984, n. 9673); viene pertanto tutelata quella che è stata definita la "pubblica fede personale" (Cass. pen., sez. V, 4 settembre 1989, n. 626).*

Tribunale Nocera Inferiore, G.I.P. Levita, sentenza 27 febbraio 2017, n. 78

**Abilitazione forense: parere motivato – Falsa attribuzione di elaborato altrui – Presupposti del reato – Valutazione dell'interprete – Criteri**

(art 1 l. 475/25)

*L'interprete è chiamato a confrontarsi con la circostanza che, nell'ambito dell'esposizione e dell'argomentazione (non solo giuridica), ad elaborati a carattere scientifico ed innovativo si contrappongono anche elaborati di natura meramente compilativa (categoria alla quale sicuramente appartiene l'elaborato de quo). Per l'effetto, ad orientare l'operatore ai fini della sussistenza della violazione sanzionata non è tanto il fatto che il testo non coincida con frasi o proposizioni di altri scritti provenienti da fonti esterne, quanto il fatto che esso non sia connotato da una elaborazione critica dei dati acquisiti, il cui confronto serva a verificarne l'attendibilità ed a trarre conclusioni che offrano un contributo scientifico autonomamente apprezzabile; la norma in argomento sanziona infatti la riproduzione grafica di un elaborato altrui che, a prescindere da modeste aggiunte, vada effettivamente a permeare l'impianto complessivo del testo, sì da escludere che esso sia la risultante di una riflessione personale dell'apparente autore.*

Tribunale Nocera Inferiore, G.I.P. Levita, sentenza 27 febbraio 2017, n. 78

**Abilitazione forense: parere motivato – Falsa attribuzione di elaborato altrui – Presupposti del reato – Valutazione dell'interprete – Criteri**

(art 1 l. 475/25)

*Nel caso in cui è evidente che la copiatura non appare idonea ad inficiare la paternità del complessivo parere reso dal candidato in quanto – pur depurando le parti asseritamente oggetto di copiatura, peraltro dall'estensione molto limitata, in raffronto alla totalità dell'elaborato – la complessiva esposizione costituisce indubbiamente il frutto dell'autonomo sforzo espositivo del candidato, che si è soffermato sulla problematica giuridica sottesa con proprio ragionamento, fornendo una ricostruzione personale del tema proposto, il reato non sussiste, essendo stato già affermato come soltanto la complessiva mancanza di originalità del lavoro denoti l'integrazione del reato (Cass. pen., sez. VI, 21 giugno 2010, n. 32368, la quale ha riconosciuto l'esistenza del delitto nel caso di copiatura integrale del testo di una sentenza, pur puntualmente citata, nel corso della redazione di una prova concorsuale, dato che anche quell'operazione denota la mancanza di autonoma elaborazione logica del candidato; cfr. anche Cass. pen., sez. II, 10 dicembre 1984).*

Tribunale Nocera Inferiore, G.I.P. Levita, sentenza 27 febbraio 2017, n. 78



## Diritto amministrativo

SULLA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE NEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI GARE PUBBLICHE. <i>Nota a Corte di Giustizia, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15</i> ..... 80 di Biagio Giliberti	80
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE ( <i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i> ) ..... 90 a cura di Almerina Bove	90



## Sulla legittimazione a ricorrere nel contenzioso in materia di gare pubbliche. *Nota a Corte di Giustizia, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15*

### abstract

*The decision deals with the issue of the existence of interest to act against the award of a public tender by an economic operator who has taken part in that procedure. For the Court of Justice such operator is not entitled with interest, in case it has been definitively excluded from the tender procedure. The comment examines the sentence by inserting it within the more general issue of the contested question of interest and legitimation in the context of claims relating to the assignment of public contracts.*

### keywords

*Public tenders – Award – Claim – Interest.*

### abstract

*La sentenza affronta il tema della sussistenza della legittimazione a ricorrere avverso un'aggiudicazione di una gara da parte di un operatore economico che abbia preso parte a quella procedura, dalla quale, tuttavia, sia stato definitivamente escluso. La Corte di Giustizia afferma l'assenza di legittimazione. Il commento esamina la sentenza inserendola nell'ambito del più generale contesto della controversa questione relativa a interesse e legittimazione a ricorrere nell'ambito del contenzioso in materia di contratti pubblici.*

### parole chiave

*Gare pubbliche – Aggiudicazione – Impugnazione – Legittimazione.*

**«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici – Articolo 1, paragrafo 3 – Interesse ad agire – Articolo 2-bis, paragrafo 2 – Nozione di "offerente interessato" – Diritto di un offerente definitivamente escluso dall'amministrazione aggiudicatrice di ricorrere avverso la successiva decisione di aggiudicazione dell'appalto»**

Corte giust., sez. VIII, 21 dicembre 2016 n. 355

*(omissis)*

### Fatto

(...)

#### *Procedimento principale e questioni pregiudiziali*

11 Nel corso del mese di ottobre del 2012 la B.W. ha avviato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, nella forma di una procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, per la conclusione, con un aggiudicatario unico, di un accordo quadro relativo alla gestione, manutenzione, riparazione e assistenza tecnica degli impianti tecnici dei propri edifici e delle apparecchiature di laboratorio.

12 Solamente il gruppo e la V. hanno presentato un'offerta entro il termine stabilito.

13 Con decisione del 20 dicembre 2013, notificata al gruppo, quest'ultimo è stato escluso dalla citata procedura di aggiudicazione, non avendo fornito tempestivamente in originale la prova della costituzione di una garanzia bancaria.

14 Il ricorso avverso tale decisione proposto dal gruppo è stato respinto con sentenza del Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Austria) del 31 gennaio 2014. Il ricorso straordinario per «Revision» (ricorso per cassazione) proposto avverso detta sentenza è stato respinto con ordinanza del Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa) del 25 maggio 2014.

15 Con decisione di aggiudicazione del 14 marzo 2014, notificata alla V., la B.W. ha prescelto l'offerta di quest'ultima. L'accordo quadro è stato susseguentemente concluso e la V. ha cominciato ad eseguire le relative prestazioni.

16 Il gruppo ha proposto ricorso dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) avverso tale decisione di aggiudicazione. Detto ricorso è stato respinto con sentenza dell'8 agosto 2014 in base al motivo che i diritti di un offerente la cui offerta sia stata legittimamente esclusa non sono suscettibili

di essere lesi da illegittimità riguardanti la selezione di un'altra offerta ai fini dell'aggiudicazione.

17 Nell'ambito del ricorso per «Revision» (ricorso per cassazione) proposto avverso tale ultima sentenza dinanzi al giudice del rinvio, il gruppo fa valere che la situazione nel procedimento principale e il caso all'origine della sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), sono simili. In entrambi i casi, infatti, erano presenti solamente due offerenti e, benché in effetti escluso, il gruppo sostiene che l'offerta della V. avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto i calcoli relativi a voci essenziali di tale offerta sarebbero inspiegabili e incomprensibili sul piano economico. Pertanto, come nell'ambito della citata sentenza, vi sarebbero due offerenti, ciascuno dei quali presenterebbe analogo interesse economico all'esclusione dell'altrui offerta e potrebbe far valere tale interesse anche in caso di esclusione della propria offerta.

18 Il giudice del rinvio espone che, in conformità all'articolo 331 della legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici del 2006, la ricevibilità di un ricorso che mira a far accertare l'irregolarità di una decisione in materia di appalti pubblici è subordinata al fatto che l'operatore economico ricorrente avesse un interesse alla conclusione del contratto di cui trattasi e che detta irregolarità l'abbia danneggiato o rischi di danneggiarlo.

19 Esaminando la sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), il giudice del rinvio osserva che, nell'ambito di tale sentenza, l'irregolarità dell'offerta del concorrente autore del ricorso giurisdizionale è stata accertata non dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto considerato, bensì nell'ambito del procedimento giurisdizionale avviato da detto concorrente per contestare la decisione di aggiudicazione di tale appalto ad un diverso offerente. Il giudice del rinvio rileva che, al punto 33 di detta sentenza, la Corte ha considerato che, nell'ipotesi in cui la regolarità dell'offerta di entrambi gli offerenti venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, ciascuno di essi può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altro. Ne conseguirebbe che, in tale situazione, l'offerente la cui offerta non sia stata prescelta beneficia di tutela giurisdizionale nonostante tale offerta non sia conforme alle specifiche tecniche dell'appalto in questione.

20 Il giudice del rinvio dubita che l'insegnamento che discende dalla sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), sia applicabile anche quando due offerenti abbiano inizialmente presentato un'offerta e l'esclusione dell'offerente che intende contestare la decisione di aggiudicazione sia stata preliminarmente e definitivamente accertata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice. I suoi dubbi si fondano su diversi elementi individuati nella direttiva

89/665, tra i quali figura, al primo posto in ordine di importanza, la nozione di «offerente interessato» ai sensi dell'articolo 2-bis, paragrafo 2, di detta direttiva.

21 Tuttavia, nonostante gli appaia che tale direttiva non protegga gli offerenti definitivamente esclusi contro le irregolarità in grado di incidere su una decisione di aggiudicazione successiva alla loro esclusione, il giudice del rinvio si domanda se il principio di parità di trattamento applicabile agli offerenti possa giustificare quantomeno la concessione, ad un tale offerente definitivamente escluso, di un diritto di ricorso avverso detta decisione quando quest'ultima sia favorevole all'unico altro offerente in lizza.

22 Peraltro, per l'ipotesi in cui si dovesse ritenere che l'offerente definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione disponga comunque di un diritto di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione, il giudice del rinvio espone, da un lato, che il Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) ha anche considerato che non si dovesse tener conto dei motivi di esclusione dell'offerta della V. sollevati dal gruppo poiché questi non risultavano con evidenza dal fascicolo del procedimento. Orbene, una simile posizione potrebbe essere giustificata dalla necessità, menzionata all'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, di promuovere ricorsi quanto più rapidi possibile. Dall'altro lato, il giudice del rinvio si domanda se, nell'ambito del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, rilevi il fatto che i motivi per i quali le due offerte dovrebbero essere escluse siano della stessa identica natura o, al contrario, di natura diversa.

23 Alla luce di ciò, il Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva [89/665], alla luce dei principi espressi nella sentenza (...) del 4 luglio 2013, [*Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448),] debba essere interpretato nel senso che l'esperibilità delle procedure di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione (decisione sulla stipula di un accordo quadro) nonché avverso la conclusione del contratto (inclusa la concessione del risarcimento danni richiesto a termini dell'articolo 2, paragrafo 7, della stessa direttiva) può essere negata ad un offerente la cui offerta sia stata esclusa con provvedimento definitivo dall'ente aggiudicatore, e che pertanto non costituisca un offerente interessato ai sensi dell'articolo 2-bis della direttiva 89/665, anche nel caso in cui solo due offerenti abbiano presentato rispettivamente offerte e quella dell'aggiudicatario, in base agli argomenti dedotti dall'offerente non interessato [che ha proposto ricorso], avrebbe dovuta essere parimenti esclusa.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, alla luce dei principi enunciati nella sentenza (...) del 4 luglio 2013, [*Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448)],

debba essere interpretato nel senso che è necessario garantire all'offerente non interessato (ai sensi dell'articolo 2-*bis* della stessa direttiva) l'esperibilità delle procedure di ricorso esclusivamente nel caso in cui:

a) dagli atti del ricorso risulti manifestamente l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicatario, e b) l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicatario emerga per motivi della stessa identica natura».

### Sulle questioni pregiudiziali

(...)

#### *Sulla prima questione*

27 Con la prima questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, alla luce della sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), debba essere interpretato nel senso che esso osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico da una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva, e che, pertanto, non è un offerente interessato ai sensi dell'articolo 2-*bis* di detta direttiva, sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

28 Al riguardo si deve ricordare che, secondo le disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione (v. sentenza del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 23).

29 Ai punti 26 e 27 di detta sentenza, la Corte ha sottolineato che la sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), costituisce una concretizzazione dei requisiti imposti dalle disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, in circostanze nelle quali, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentino ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione. In una simile situazione, infatti, ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto.

30 Tuttavia, la situazione di cui al procedimento principale è chiaramente distinta dalle situazioni discusse nelle due cause che hanno dato origine alle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), e del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199).

31 Da un lato, le offerte dei soggetti interessati nelle cause che hanno dato origine alle citate sentenze non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, a differenza dell'offerta presentata dal gruppo nel procedimento principale.

32 Dall'altro lato, in tali due cause ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, ciascuno vantando un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta e dette contestazioni potendo indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33, e del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 24). Nel procedimento principale, per contro, il gruppo ha depositato un ricorso, in primo luogo, avverso la decisione di esclusione adottata nei propri confronti e, in secondo luogo, avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto ed è nell'ambito del secondo ricorso che esso invoca l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicatario.

33 Ne consegue che il principio giurisprudenziale espresso nelle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), e del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), non è applicabile alla situazione procedurale e al contenzioso di cui al procedimento principale.

34 Peraltro, si deve rilevare che, come risulta dall'articolo 1, paragrafo 3, e dall'articolo 2-*bis* della direttiva 89/665, quest'ultima assicura l'esercizio di ricorsi efficaci avverso le decisioni irregolari nell'ambito di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, consentendo ad ogni partecipante escluso di contestare non solo la decisione di esclusione, ma anche, fintantoché detta contestazione è pendente, le successive decisioni che gli arrecherebbero pregiudizio ove la propria esclusione fosse annullata.

35 In tali circostanze, l'articolo 1, paragrafo 3, di tale direttiva non può essere interpretato nel senso che osta a che a un offerente quale il gruppo sia negata la possibilità di ricorrere avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, poiché tale offerente deve essere considerato come un offerente definitivamente escluso ai sensi dell'articolo 2-*bis*, paragrafo 2, secondo comma, di detta direttiva.

36 Tutto ciò considerato, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione

del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

(omissis)

\*\*\*Nota a sentenza

## sommario

**1.** Introduzione. Breve sunto della decisione. – **2.** Interesse e legittimazione a ricorrere nel rapporto tra ricorso principale e incidentale nella dottrina e giurisprudenza nazionali. – **3.** La parità delle parti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. La susseguente giurisprudenza nazionale. – **4.** Annotazioni a Corte di Giustizia, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15.

### 1. Introduzione. Breve sunto della decisione

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea scrive un nuovo capitolo in tema di legittimazione ad agire nei giudizi in cui si controverta di procedure competitive per l'assegnazione di contratti pubblici.

L'ottava sezione della Corte europea, nella sentenza del 21 dicembre 2016, resa nella causa C-355/15, ha affermato il principio per cui il diritto comunitario (in particolare, la c.d. direttiva ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori) non preclude agli stati nazionali di introdurre previsioni che prevedano che un operatore non possa ricorrere in giudizio avverso un'aggiudicazione disposta in favore di un suo concorrente, allorquando detto operatore sia stato definitivamente escluso dalla procedura di gara. La Corte precisa che questo principio di diritto si applica, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e l'operatore escluso sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere dichiarata illegittima<sup>1</sup>.

La decisione della Corte europea è stata adottata nell'ambito di un contenzioso che aveva interessato una procedura di pubblica evidenza celebrata dall'Università delle risorse naturali e delle scienze della vita di Vienna, per la conclusione, con un aggiudicatario

unico, di un accordo quadro relativo alla gestione, manutenzione, riparazione e assistenza degli impianti tecnici dei propri edifici e delle apparecchiature di laboratorio. Alla gara, avevano preso parte due soli partecipanti, ovvero la Vamed Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (nel seguito, la Vamed), risultata poi aggiudicataria e la Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (nel seguito, la Bieter), esclusa dalla gara nel corso della procedura.

Avendo subito l'esclusione dalla gara, la Bieter era ricorsa innanzi alle competenti magistrature ma sia l'azione di primo grado che quella d'appello erano state respinte. I due giudizi si erano svolti nelle more della conclusione della procedura di gara; conclusione che era stata disposta dall'Università, con l'aggiudicazione in favore della Vamed, solo dopo il passaggio in giudicato del giudizio di secondo grado promosso dalla Bieter. A questo punto, la Bieter aveva deciso di ricorrere, comunque, contro l'aggiudicazione, prospettando che anche la Vamed avrebbe dovuto essere esclusa, agendo in tal modo l'interesse strumentale alla riedizione della procedura. Il ricorso di primo grado proposto innanzi alla corte amministrativa federale era stato respinto in base al motivo che i diritti di un offerente la cui offerta sia stata legittimamente esclusa non sono suscettibili di essere lesi da illegittimità riguardanti la selezione di un'altra offerta ai fini dell'aggiudicazione.

Nell'ambito del giudizio d'appello proposto avverso tale ultima sentenza, la Bieter ha lamentato che la vicenda controversa presentasse evidenti analogie con il caso all'origine della sentenza della Corte europea del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12), nell'ambito della quale era stato affermato il principio della necessità di esaminare in giudizio le reciproche censure di illegittimità delle domande di partecipazione alla gara dell'aggiudicatario e del secondo classificato. Come nell'ambito della citata sentenza, infatti, anche nel contenzioso tra l'Università, la Bieter e la Vamed erano presenti due offerenti, ciascuno titolare di analogo interesse economico all'esclusione dell'altrui offerta al fine di ottenere l'aggiudicazione o, comunque, la riedizione della procedura competitiva.

La questione è stata allora rimessa al giudizio della Corte europea, la quale non ha ritenuto di poter aderire alla prospettazione della Bieter.

Al fine di apprezzare la rilevanza della decisione della Corte di Giustizia UE è importante evidenziare che, ai sensi dell'art. 2-bis, co. 2 della direttiva ricorsi, gli offerenti sono considerati interessati e possono pertanto aspirare ad ottenere l'annullamento di provvedimenti di aggiudicazione disposti in favore di altro operatore, se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione, sempre ai sensi della norma in esame, è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso

<sup>1</sup> In sentenza si legge che: «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa».

indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso.

Alla luce della disposizione appena richiamata, con la decisione innanzi citata, la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto comunitario non osta a che ad un offerente escluso «da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto».

La decisione, sinteticamente richiamata<sup>2</sup>, si inserisce nell'ambito del lungo e non poco accidentato dibattito in ordine ai requisiti qualificanti legittimazione e interesse a ricorrere nel contenzioso in materia di gare pubbliche. Come è noto, questa discussione si è concentrata in particolar modo sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di annullamento, sicché, al fine di analizzare il contenuto della recente sentenza della Corte di Giustizia, mette conto riferire in sintesi di quelle discussioni.

## 2. Interesse e legittimazione a ricorrere nel rapporto tra ricorso principale e incidentale nella dottrina e giurisprudenza nazionali

È presente in Italia, almeno a partire dagli anni '90, un deciso indirizzo giurisprudenziale e dottrinale propenso a ritenere, nell'ambito del contenzioso in materia di gare pubbliche, che in caso di ricorso incidentale escludente, il giudice sia tenuto a trattare prioritariamente quest'ultimo, riconoscendo alle questioni in esso sollevate precedenza logico-giuridica rispetto a quelle prospettate dal ricorrente principale. Ciò in quanto il carattere escludente dei motivi del ricorso incidentale, per quanto basato su vicende di merito (la insussistenza di condizioni di legittima partecipazione alla gara da parte del ricorrente principale), era considerato tale da configurare nel processo questione di rito<sup>3</sup> sotto il profilo della legittimazione ad agire del

ricorrente principale<sup>4</sup>.

Questa impostazione non è andata esente da obiezioni e critiche. Si tratta di un orientamento che, mosso essenzialmente da esigenze di giustizia sostanziale (la parità delle armi tra contenenti una commessa pubblica), aveva sostenuto che, nel caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente, il ricorso principale non diventerebbe improcedibile, in virtù della necessità di riconoscere in capo al ricorrente principale l'interesse all'esame nel merito della sua impugnazione, strumentale all'obiettivo di ottenere almeno la riedizione della gara<sup>5</sup>. Peraltro, non si è mancato di apprezzare che il principio della perfetta parità delle parti non si realizza ove si riconnetta un'efficacia paralizzante del ricorso

2014, p. 563: «mentre il ricorso incidentale introduce in giudizio una questione pregiudiziale di rito, le doglianze articolate nel ricorso principale, incluse quelle tese all'esclusione dell'aggiudicatario, costituiscono il merito della domanda giudiziale, la cui disamina è preclusa dall'assenza di una condizione dell'azione. A diverse conclusioni non induce il canone di parità tra le parti, da non sovraccaricare di significati esorbitanti l'eguaglianza dei poteri (di allegazione, di prova, di impulso, ecc.) all'interno del giudizio, né il principio di imparzialità del giudice, che anzi gli impone il rispetto del predeterminato ordine di esame delle questioni il fattore di legittimazione al ricorso principale risiede nell'effettiva titolarità dell'interesse legittimo (e non già nella mera affermazione d'esserne titolare). L'effettiva titolarità dell'interesse legittimo a sua volta presuppone la legittima partecipazione alla gara. Non è da solo sufficiente il fatto storico dell'avvenuta e integrale partecipazione, poiché l'interesse legittimo postula non solo una (generica e relazionale) differenziazione in fatto (dal *quisque de populo*), ma anche una (specifica ed assoluta) qualificazione normativa dell'intervenuta partecipazione alla gara come legittima, e tale alla luce dell'ordinamento e a prescindere dagli atti di ammissione/esclusione eventualmente illegittimi adottati dalla stazione appellante (salvo che tali atti siano inoppugnabili e senza che ciò contraddica la natura normativa e non amministrativa del parametro di qualificazione dell'interesse legittimo, essendo la regola dell'inoppugnabilità posta dall'ordinamento)».

<sup>4</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367: «Il giudice è tenuto ad esaminare preliminarmente le eccezioni, sollevate dal ricorrente incidentale [...]. L'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti soggettivi costituisce ipotesi di riduzione dell'interesse dell'escluso a contrastare i risultati della gara ad interesse di mero fatto». In dottrina, R. VILLATA, *Nota a Consiglio di Stato, sez. I, 5 giugno 2008, n. 2669*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 931.

<sup>5</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468: «La necessità di questa valutazione preliminare del ricorso incidentale mirato a contestare la legittimazione attiva del ricorrente principale resta ferma, di norma, anche quando la domanda originaria mira ad affermare l'illegittimità della ammissione alla gara dell'aggiudicatario. In effetti, occorre considerare attentamente la peculiarità delle concrete vicende di volta in volta esaminate nel giudizio. Si pensi alle ipotesi di gare con due soli concorrenti. A fronte del ricorso proposto dal secondo classificato, diretto a contestare l'ammissione alla gara del vincitore, questi potrebbe a sua volta contestare l'ammissione alla selezione del ricorrente. In tale eventualità, in caso di fondatezza di entrambi i ricorsi, potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali. Il ricorrente incidentale, attraverso l'accoglimento della propria domanda otterrebbe comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'amministrazione».

<sup>2</sup> Si tratta, giova evidenziare fin da subito, di una prospettiva che trova similitudini con alcune decisioni della giurisprudenza nazionale, per la quale l'interesse strumentale alla riedizione della gara non può ritenersi sussistente in capo al soggetto legittimamente escluso, «dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali» (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2016, n. 3688). Il definitivo consolidamento di un provvedimento di esclusione, infatti, produce «l'effetto di 'cristallizzare' la posizione sostanziale del concorrente ponendolo nelle stesse condizioni di colui che sia rimasto estraneo alla gara, non avendo un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere ad un qualunque altro soggetto che volontariamente non abbia partecipato alla gara» (Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2016, n. 1802; in termini Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1308).

<sup>3</sup> Cfr. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*,

principale alla contro-impugnazione dell'aggiudicatario mediante ricorso incidentale, dal momento che altrimenti si finirebbe con l'assegnare all'aggiudicatario un'iperprotezione che non si rinviene nel sistema, anche costituzionale, di riferimento.

Il contrasto di intendimenti è così, inevitabilmente, finito all'attenzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cosà che, come si vedrà, si è ripetuta diverse volte nel corso degli anni). In particolare, nel 2008<sup>6</sup>, la Corte ha deciso di aderire all'idea della necessità di garantire il principio della parità delle armi processuali<sup>7</sup>, rispetto a posizioni sostanziali simmetriche ed equivalenti, esprimendo la regola di diritto secondo cui, nel caso di due imprese in gara, che prospettino motivi reciprocamente escludenti, il giudice amministrativo deve esaminare ambedue i ricorsi e, se fondati, accoglierli entrambe<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11: «Nel caso di gara con due sole imprese ammesse, ciascuna delle quali abbia impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice, qualunque sia il ricorso che esamini per primo e ritenga fondato, deve esaminare anche l'altro, dando rilievo all'interesse strumentale di ciascuna impresa, sia essa ricorrente principale o incidentale, alla ripetizione della gara»; «fuori dalle ipotesi in cui l'esame del ricorso principale sia precluso perché rinunciato, tardivo o perento, l'ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale deve ispirarsi a principi di economia processuale e logicità ben potendo il giudice esaminare per primo il ricorso decisivo per dirimere la lite. Tuttavia il giudice, in base al principio di parità delle parti, non può determinare una soccombenza, anche parziale, in ragione dei criteri che ha seguito nell'ordine della trattazione».

<sup>7</sup> Cfr. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della plenaria. Nota ad Adunanza plenaria 10 novembre 2008 n. 11*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, p. 1423 ss.: «Sul finire del 2006 avevamo provato a lanciare un grido di allarme, sollecitando un ripensamento dell'opzione che ci appariva sostanzialmente tralasciata, secondo cui il ricorso incidentale proposto avverso l'ammissione del ricorrente principale aveva sempre e comunque valenza prioritaria e paralizzante. Era un sasso nello stagno di un orientamento consolidato quanto inerziale, che ci appariva del tutto insoddisfacente, sia sul versante sostanziale, sia con riguardo al principio di parità delle parti nel processo, ora scolpito nel nuovo art. 111 della Costituzione. Infatti, mentre l'attribuire valenza paralizzante ad un ricorso incidentale che contestasse l'illegittima ammissione del ricorrente principale (ove questi proponesse censure relative soltanto all'attribuzione dei punteggi) appariva rispondere a coordinate di giustizia e di economia processuale, altrettanto non poteva dirsi nell'ipotesi in cui anche il ricorrente principale manifestasse doglianze con riguardo all'ammissione dell'aggiudicatario-ricorrente incidentale». Cfr. altresì GIOVANNOLI - FRATTINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti*, Milano, 2008 nonché FERRARI, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo. Principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1058.

<sup>8</sup> Per un esame critico della decisione cfr. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 200: «La preminenza del mero interesse strumentale porta, di fatto, all'abbandono del tradizionale criterio di riferimento della legittimazione. Se ancora nel nostro caso permane un, seppure minimale, momento differenziante dato dall'aver originariamente partecipato alla gara, non si vede per questa via come non ammettere in futuro rotture più con-

Questa posizione, tuttavia, è stata successivamente rivista dal Consiglio di Stato, il quale, in adunanza plenaria, ha nel 2011 affermato che il ricorso incidentale con il quale si contesta la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua illegittima ammissione alla procedura di gara deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Ciò indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dalla p.a. resistente<sup>9</sup>.

### 3. La parità delle parti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. La susseguente giurisprudenza nazionale

Il contrasto di opinioni nazionale ha finito per risalire fino in sede comunitaria, laddove la Corte di Giustizia, con la decisione resa dalla sezione X, il 4 luglio 2013, nella causa C-100/12 (Fastweb) ha condiviso la prospettiva dell'adunanza plenaria del 2008. La decisione del giudice europeo si fonda sulla nozione di interesse delineata dall'art. 1, paragrafo 3 della direttiva ricorsi, che attribuisce la qualifica di interessato a chiunque abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione della normativa in materia di aggiudicazione. Alla luce di detta previsione, nella sentenza Fastweb è stato affermato il principio di diritto per cui il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ha affermato la Corte, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di pro-

sistenti del sistema. Ed infatti la dottrina ha subito prospettato una suggestiva "controprova", partendo dall'idea di fondo che la posizione dell'impresa esclusa che impugni l'aggiudicazione senza avere prima impugnato l'esclusione sia eguale a quella dell'impresa esclusa a causa dell'accoglimento di un ricorso incidentale appunto escludente, o paralizzante. Può dunque l'impresa esclusa impugnare l'aggiudicazione senza aver previamente proposto ricorso avverso il provvedimento di esclusione? Negare questa possibilità porterebbe a contraddire le conclusioni della Plenaria, mentre a voler ritenere ammissibile l'impugnazione dell'aggiudicazione si finirebbe per infliggere un serio *vulnus* al principio di certezza dei rapporti, posto che in capo all'offerente escluso non si potrebbe individuare una posizione legittimante diversa da quella di impresa operante nel settore».

<sup>9</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 «Ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente».

cedere alla scelta di un'offerta regolare.

La giurisprudenza nazionale ha dovuto fare i conti con la decisione della Corte di Giustizia nei suoi successivi pronunciamenti, sostanzialmente aderendovi. È stato, in più occasioni, prospettato che la necessità che il ricorso incidentale sia esaminato prima di quello principale si afferma nel caso di proposizione, nel ricorso incidentale, di censure escludenti del ricorrente principale ovvero della sua offerta, a causa dell'illegitimità partecipazione dello stesso alla gara o della illegittimità della sua offerta; nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, solo il ricorso incidentale escludente – in quanto incentrato su eccezioni di carenza di legittimazione del ricorrente principale – deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale, e tale evenienza non si verifica allorché il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'Amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale<sup>10</sup>.

La questione, peraltro, ha vissuto una nuova stagione in considerazione del recente intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, con la sentenza *Puligenica c. Airgest S.p.A.* (del 5 aprile 2016, C-689/13)<sup>11</sup>, è tornata ad affrontare la questione relativa all'ordine di esame tra il ricorso incidentale e quello principale nel contenzioso appalti, ampliando la portata delle affermazioni rese nella sentenza *Fastweb*. La Corte, in particolare, ha affermato il principio per cui il numero di partecipanti ad una gara, così come il numero di ricorrenti e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti<sup>12</sup> sono privi di rilevanza ai fini

<sup>10</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>11</sup> Cfr. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, p. 796.

<sup>12</sup> In tal modo la Corte di Giustizia ha favorito il superamento di un indirizzò radicatosi in seno alla giurisprudenza nazionale, in virtù del quale l'esame di entrambe i ricorsi fosse possibile solo in caso di vizi escludenti di ambedue i contendenti prodottisi nella medesima fase del procedimento di aggiudicazione: Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2015, n. 5255: «Nelle controversie aventi a oggetto procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici, il ricorso incidentale c.d. escludente, che mira cioè ad ottenere l'accertamento della doverosità dell'esclusione dalla procedura della ricorrente, deve essere esaminato prima di quello principale e l'esame incrociato deve essere ammesso nella sola ipotesi in cui nella procedura sono state presentate solo due offerte e i vizi reciprocamente dedotti nel ricorso principale e in quello incidentale attono alla medesima fase procedimentale e afferiscono alla stessa categoria, atteso che in questo caso viene meno l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario (certa perché fondata sul provvedimento impugnato), e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione (incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno) mentre, allorché vi siano altre offerte di concorrenti estranee al contenzioso cui potrebbe essere aggiudicato l'appalto, l'esame dell'impugnazione incidentale, ove fondata, non può che condurre alla declaratoria

dell'applicazione del principio della necessaria trattazione di tutte le domande, sicché il diritto comunitario si oppone a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente<sup>13</sup>. Detta decisione è stata fin da subito tenuta in conto da parte della giurisprudenza nazionale<sup>14</sup>, sebbene l'ancoraggio alle precedenti prospettive abbia continuato ad esser praticato<sup>15</sup>.

di improcedibilità dell'impugnazione principale».

<sup>13</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 367: «L'esame "incrociato" delle censure, prospettate sia nel ricorso principale che in quello incidentale, deve essere ammesso solo quando siano rimasti in gara due soli concorrenti e le rispettive offerte siano affette da vizio inerente alla medesima fase procedimentale. Il giudice deve decidere disponendo le questioni prospettate in ordine logico, antepoendo le questioni di rito a quelle di merito, con priorità dei ricorsi incidentali solo ove a carattere escludente, in rapporto alla medesima fase procedimentale, ma anche con possibilità di esame prioritario del ricorso principale, per ragioni di economia processuale, ove quest'ultimo sia manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile; l'esame dei ricorsi incidentali resta pertanto pregiudiziale, qualora la relativa definizione sia ostativa o preclusiva in rapporto alle ragioni dedotte col ricorso principale»; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5478: «Nel processo amministrativo il giudice deve decidere disponendo le questioni prospettate in ordine logico e, quindi, antepoendo le questioni di rito a quelle di merito, dare priorità ai ricorsi incidentali solo ove a carattere escludente, in rapporto alla medesima fase procedimentale, ma anche con possibilità di esame prioritario del ricorso principale, per ragioni logiche e di economia processuale, ove quest'ultimo sia manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile; l'esame dei ricorsi incidentali resta quindi pregiudiziale, solo qualora la relativa definizione sia ostativa o preclusiva in rapporto alle ragioni dedotte col ricorso principale».

<sup>14</sup> Cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 30 giugno 2016, n. 7532: «Il principio affermato dal Giudice europeo secondo il quale, qualora per mezzo di un ricorso incidentale l'aggiudicatario di una procedura di assegnazione di un appalto deduca che l'offerta del ricorrente principale sarebbe stata da escludere dalla gara a causa del mancato rispetto delle specifiche tecniche prescritte dalla Stazione Appaltante, si da rendere inammissibile l'impugnazione (a sua volta incentrata sulla non conformità dell'offerta dell'aggiudicatario alle medesime specifiche tecniche) proposta dallo stesso, il diritto dei partecipanti alla gara a una tutela giurisdizionale effettiva delle rispettive ragioni esige che entrambe le domande siano esaminate nel merito da parte del giudice investito della controversia, può essere esteso al caso in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dall'Amministrazione aggiudicatrice senza che sia stato proposto il ricorso dalle imprese diverse da quelle, nel numero di due, coinvolte nel giudizio in questione».

<sup>15</sup> Cfr. T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. II, 22 marzo 2016, n. 435: «Anche a seguito della sentenza della Corte di Giustizia UE 4 luglio 2013 (nella causa C-100/12), nel processo amministrati-

Volendosi riassumere in poche battute quanto appena illustrato può dirsi che, per un consistente filone nazionale, il ricorso incidentale escludente, in quanto fondato su questioni pregiudiziali di rito attinenti alla legittimazione ad agire del ricorrente principale, deve essere sempre trattato prioritariamente rispetto a quello principale (salvo il caso di manifesta infondatezza di quest'ultimo<sup>16</sup>). Questa prospettazione riposa non solo sul dato normativo del codice del processo amministrativo ma sull'osservazione per cui la legittimazione ad agire presupporrebbe sempre la titolarità in capo al ricorrente principale di una posizione sostanziale non già di mero fatto ma giuridicamente qualificata. Nel caso di illegittima partecipazione alla procedura di gara, la posizione del ricorrente principale rimarrebbe priva di copertura giuridica qualificante<sup>17</sup>, potendo essere assimilata unicamente a quella del *quavis de populo*, che non abbia agito l'interesse procedimentale alla partecipazione alla gara<sup>18</sup>. Questa posizione è

vo – per l'ordine di esame dei motivi – può essere seguito un criterio di carattere cronologico-sequenziale, riferito cioè al momento in cui il vizio in esso dedotto si è verificato all'interno della procedura di gara in contestazione. Tuttavia, a seconda dei casi, può essere data priorità all'esame del gravame che risulta decisivo per dirimere la lite, tenendo conto dei principi di economia processuale e di logicità. Più in particolare, le condizioni che permettono di derogare all'ordine di trattazione con esame preliminare del ricorso incidentale "escludente", le stesse consistono nella contestuale sussistenza dei seguenti presupposti: che si versi all'interno del medesimo procedimento; che gli operatori rimasti in gara siano solo due e che il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe».

<sup>16</sup> Così *ex pluribus* T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 2 febbraio 2016, n. 176.

<sup>17</sup> Cfr. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 563: «la differenziazione – la quale, in quanto nozione relazionale, implica divergenze che risaltano da un paragone (tra chi ha storicamente partecipato e il *quisque de populo*) – non vale da sola a identificare l'interesse legittimo, senza una qualificazione normativa della partecipazione come legittima»; «non di meno, quando il giudice accerta che il ricorrente «avrebbe dovuto effettivamente essere escluso», tale "circostanza" gli nega, in radice, «la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità».

<sup>18</sup> Cfr. VILLATA, *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 826: «si è obiettato che la domanda di partecipazione alla gara sarebbe sufficiente a fondare la legittimazione processuale, ovvero che la legittimazione andrebbe verificata, per il principio di parità delle parti, anche in capo al ricorrente incidentale. La replica a siffatte obiezioni non sembra particolarmente ardua. Cominciando dalla prima, se fosse sufficiente detta domanda, dovrebbe parimenti concludersi per l'ammissibilità dell'impugnativa avverso la (sola) aggiudicazione del concorrente escluso con provvedimento inoppugnabile, cui dovrebbe riconoscersi la necessaria legittimazione. Né, come è stato esattamente rilevato, il quadro muta spostando l'ottica dalla legittimazione all'interesse al ricorso, individuato nell'utilità strumentale connessa alla rinnovazione della gara. In disparte la mera eventualità di siffatta ripetizione, un interesse analogo rispetto all'ipotizzata nuova gara sussiste, appare palese, in capo pure a imprese del settore che alla prima non abbiano preso parte. E se si cerca di superare l'obiezione

stata avvalorata evidenziando che, ragionando diversamente, si dovrebbe coerentemente ritenere che la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione rompa gli argini dettati dall'ordine processuale di trattazione delle questioni<sup>19</sup> e spetti anche al *quavis de populo* o al partecipante alla gara che non abbia impugnato o abbia impugnato senza successo la propria esclusione. Peraltro, s'aggiunge, la riedizione della gara è evenienza solo potenziale, dunque inidonea a radicare in capo al ricorrente anche l'interesse al ricorso<sup>20</sup>.

Cionondimeno, nella giurisprudenza comunitaria, è prevalso il diverso intendimento che, sulla scorta dell'esegesi degli artt. 1, paragrafo 3 e 2, paragrafo 2-bis della direttiva ricorsi, qualifica come legittimati a ricorrere, avverso provvedimenti di aggiudicazione, quanti abbiano o possano subire da quest'ultima un pregiudizio e non debbano considerarsi definitivamente esclusi (l'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso). Laddo-

argomentando dall'avvenuta presentazione della domanda nella pregressa procedura selettiva, ci si scontra con la – ritengo insuperabile – circostanza che il ragionamento vale solo con riferimento a quella, non rispetto alla eventuale seconda, in cui analoga è la posizione di tutte le altre imprese, alle quali pertanto dovrebbe, per coerenza, riconoscersi analogo interesse strumentale all'impugnativa dell'aggiudicazione di una gara a cui non hanno partecipato, sicché una volta di più «la posizione di chi ha partecipato alla gara venendone escluso non può essere considerata in modo differente da quella di chi alla gara non ha partecipato senza pregiudicare la carenza del quadro sistematico».

Cfr. CAPONIGRO, *L'affidamento degli appalti pubblici: l'ordine logico nell'esame giurisdizionale delle censure proposte in via principale e in via incidentale dalle due imprese in gara*, in *Giur. Amm.*, 2015, p. 93.

<sup>19</sup> Cfr. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 563: «La verità è, senza mezzi termini, che la sentenza Fastweb rappresenta una via senza uscita: o la si abbandona perché erronea oppure la logica ivi sottesa (descrivibile vuoi come trasfigurazione dell'interesse a ricorrere strumentale in interesse legittimo, vuoi come legittimazione al ricorso irreversibilmente conquistata con il fatto storico dell'avvenuta e integrale partecipare alla gara) è destinata a rompere i (contingenti e fragili) argini dell'identità delle censure escludenti incrociate da parte dei due soli concorrenti in gara per svelare la sua intima vocazione generale ed esondare in plurime direzioni».

<sup>20</sup> Cfr. VILLATA, *Finale di partita?*, cit., p. 827: «un interesse analogo rispetto all'ipotizzata nuova gara sussiste, appare palese, in capo pure a imprese del settore che alla prima non abbiano preso parte»; «E a ben vedere, a questo punto, si farebbe fatica a trovare ragioni valide per contrastare la legittimazione ed impugnare l'esito della gara ad operatori del settore che alla procedura neppure abbiano presentato domanda di partecipazione» (nota 4). In termini. SIGISMONDI, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'Adunanza Plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2014, III, p. 475: «la posizione di chi ha partecipato alla gara venendone escluso non può essere considerata in modo differente da quella di chi alla gara non ha partecipato senza pregiudicare la carenza del quadro sistematico».

ve tanto possa affermarsi, il soggetto interessato potrà agire e veder processualmente riconosciuto il proprio interesse alla riedizione della gara<sup>21</sup> mediante l'obbligo di esame sia del ricorso incidentale che di quello principale, senza che rilevi l'ordine delle trattazioni che attribuisca priorità alle questioni di rito. D'altronde, s'è aggiunto nell'ambito della riflessione nazionale, la partecipazione alla gara – pur illegittima – essendo esplicitazione dell'interesse all'aggiudicazione, rende la posizione del partecipante distinta da quella di chi alla gara non abbia inteso prendere parte, con conseguente riconoscimento della tutela anche dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura competitiva<sup>22</sup>. L'argomento della parità delle parti e della tutela della concorrenza nei mercati delle gare pubbliche ha ulteriormente alimentato le convinzioni circa la fondatezza di detta prospettiva<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. D'ANCONA, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 33: «Ma la tesi, come evidente, incorre nell'errore di sottovalutare un dato normativo processuale che, in realtà, esiste, ed è quello comunitario contenuto nell'art. 1 c. 3 della Direttiva ricorsi. La norma comunitaria non presuppone che il ricorrente sia titolare di un interesse diretto all'aggiudicazione, inserendo la nozione del rischio di lesione del concorrente (arg. ex art. 1 c. 3 Dir.) nell'area della legittimazione: senza possibilità che tale area di tutela possa contrarsi, anche in caso di contrasto con altri interessi di rilevanza comunitaria. L'obbligo che si impone all'organo giurisdizionale è, dunque, di ordine probatorio sull'esistenza di quel determinato "rischio", che consiste, evidentemente, nel pregiudizio da perdita di chance (anche isolata) in capo al ricorrente di aggiudicarsi la gara una volta che gli effetti della decisione illegittima si siano consolidati».

<sup>22</sup> Cfr. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale*, cit., p. 1428: «La conclusione ci sembra possa essere così argomentata: la legittimazione ad impugnare gli esiti di una procedura concorsuale si acquisisce una volta per tutte con la tempestiva partecipazione alla stessa. Detta partecipazione infatti è idonea a differenziare la ditta partecipante dal quisque de populo. Ove poi, in sede di esame del ricorso incidentale, si accerta l'illegittimità della disposta ammissione, ciò può valere ad incidere sull'interesse a censurare le fasi di valutazione delle offerte e di aggiudicazione atteso che una volta escluso il concorrente non avrebbe alcun vantaggio dall'accertamento dell'illegittimità delle fasi di gara. Da qui la piena conciliabilità di tale conclusione con l'affermazione che l'interesse, invece, persiste là dove si contesti l'ammissione dell'unico altro concorrente».

<sup>23</sup> Cfr. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 107: «Se, inverò, appare rispondente a coordinate di giustizia ed economia processuale attribuire valore "paralizzante" ad un ricorso incidentale con cui si contesti l'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale, ove questi proponga censure relative soltanto all'attribuzione dei punteggi, altrettanto non può dirsi nell'ipotesi in cui anche il ricorrente principale sollevi censure riguardanti la fase di ammissione alla procedura. In questa ipotesi, ove venisse accertata la fondatezza delle reciproche contestazioni (e, dunque, l'illegittima ammissione di entrambe le imprese alla gara), apparirebbe incongruo che debba ricevere maggiore protezione dall'ordinamento l'impresa che, non solo ha beneficiato della illegittima ammissione alla gara, ma anche usufruito di un «ingiusto favore» in sede di attribuzione del punteggio. Ed ugualmente difficile risulta ac-

#### 4. Annotazioni a Corte di Giustizia, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15

La recente sentenza della Corte di Giustizia si inserisce, dunque, in un contesto dibattuto, sebbene rispetto a questo possa rimarcarsi che non di rapporto tra impugnazioni (principale ed incidentale) si trattasse ma dell'individuazione e della permanenza della legittimazione a ricorrere avverso l'aggiudicazione in favore di terzi in capo ad un operatore escluso<sup>24</sup>.

Si tratta di un'osservazione non sfuggita alla Corte ed, anzi, di un argomento sul quale ha ritenuto di dover fondare la propria decisione. La Corte, infatti, ha ritenuto di poter evidenziare una distinzione tra il caso esaminato e quello delle sentenze *Fastweb* e *Pugliese*, nell'ambito dei quali ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, ciascuno vantando un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta e dette contestazioni potendo indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare. Nel caso di interesse, viceversa, la *Bieter* aveva già subito una esclusione definitiva, essendosi formato giudicato di rigetto sulla propria azione avverso l'esclusione dalla procedura subita in gara.

Questa distinzione è stata ritenuta dalla Corte dirimente alla luce del dettato normativo della direttiva ricorsi (artt. 1, paragrafo 3 e 2-*bis*), che la Corte ha letto nel senso di consentire al partecipante escluso da una gara la possibilità di contestarne l'aggiudicazione fintanto che la sua esclusione possa ritenersi non definitiva. Pare allora potersi desumere che per la Corte europea, fintanto che possa dirsi vivo l'interesse principale all'aggiudicazione, sarebbe sempre possibile agire in giudizio anche quello strumentale alla riedizione della gara; viceversa, divenuta definitiva la preclusione ad ottenere l'aggiudicazione, per esser stato definitivamente escluso, il concorrente non aggiudicatario perderebbe anche la possibilità di ricorrere a tutela dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura.

Questa posizione sembra destinata ad alimentare una nuova stagione di riflessioni.

Per un verso, infatti, è prospettabile che i fautori della priorità di trattazione del ricorso incidentale escludente vedranno nella decisione in esame una conferma delle loro idee: l'assenza di legittimazione ad agire (quale riflesso del definitivo dissolvimento

cettare che sia maggiormente salvaguardato il rapporto della p.a. con una ditta che, non solo è stata illegittimamente ammessa, ma che è stata anche ingiustamente favorita in sede di gara, rispetto al rapporto procedimentale con altra impresa che, a sua volta, è stata illegittimamente ammessa ma poi anche ingiustamente penalizzata in sede di gara».

<sup>24</sup> Si utilizza la terminologia nazionale – legittimazione a ricorrere – pur nella consapevolezza che questa nozione al pari di quella di interesse a ricorrere non trovano corrispondenze del tutto simmetriche in ambito europeo.

(*melius* dell'inesistenza giuridica) della pretesa sostanziale all'aggiudicazione) impedisce l'esame di merito dei ricorsi in cui si impugnino aggiudicazioni. Potranno, così, ritrovare nella recente sentenza ragioni per affermare l'incongruenza tra l'orientamento espresso in *Fastweb* e *Pugliesenica* e quello assunto nel caso di interesse, con ciò ritornando sulle ragioni di disappunto rispetto a quelle due. Ciò, presumibilmente, valorizzando che la Corte nel suo pronunciamento più recente non ha ritenuto di dover accordare (autonoma) rilevanza giuridica all'interesse alla riedizione della gara da parte del ricorrente che non possa più aspirare all'aggiudicazione. Dal momento che ciò accade in virtù dell'accertamento dell'insussistenza della sottesa posizione sostanziale all'aggiudicazione – che, nella prospettiva che si considera) è condizione di legittimazione – è presagibile che si ritenga, gioco forza, che ciò debba affermarsi anche nel rapporto tra ricorso incidentale e principale, ribadendo la necessità della preventiva trattazione del primo.

Per contro, i sostenitori del principio della parità delle parti (e dell'attitudine della partecipazione alla gara ad attribuire giuridica rilevanza all'interesse alla sua riedizione<sup>25</sup>) presumibilmente troveranno nella decisione in esame opposte ragioni di critica. Dalla prospettiva dell'attitudine della partecipazione alla gara a qualificare anche l'interesse strumentale alla riedizione – se del caso – della competizione, il fatto che un operatore sia stato definitivamente escluso (ovvero ritenga di non impugnare l'esclusione subita) è presagibile che venga considerata non dirimente<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 107: «Alle medesime conclusioni, come già ricordato, è giunta, recentemente, anche una parte della giurisprudenza nazionale, la quale ha avuto modo di sottolineare che il partecipante alla gara è titolare «in conseguenza del fatto della partecipazione, di un interesse al regolare svolgimento della gara, interesse che viene qualificato e tutelato direttamente dalle norme che disciplinano l'evidenza pubblica» (180). Se è così – ed in ciò tale giurisprudenza si discosta dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011 – la titolarità di siffatta posizione giuridica qualificata e differenziata non può dipendere dal «positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva e ciò in quanto si tratta di un interesse sostanziale che riceve la sua qualificazione normativa direttamente dalla legge, non dal provvedimento».

<sup>26</sup> Indicazioni in tal senso in T.a.r. Veneto, sez. I, 23 novembre 2016, n. 1289: «Sussiste un interesse strumentale all'annullamento degli atti di gara, al fine di ottenerne la riedizione, nel caso in cui l'impresa ricorrente, estromessa dall'Amministrazione, contesti la legittimità dell'ammissione dell'offerta del controinteressato, unico rimasto in gara, deducendo quel mancato possesso da parte di quest'ultimo dei requisiti di partecipazione, finanziari, tecnici e organizzativi, che è stato posto alla base della propria esclusione. L'impresa ricorrente, infatti, quantunque legittimamente esclusa dalla gara, è legittimata a contestare l'ammissione e la successiva aggiudicazione in favore del controinteressato, al fine di poter aspirare alla partecipazione ad un'ulteriore gara in posizione di parità con altri operatori. Tale conclusione risulta, d'altro canto, l'unica idonea a garantire il rispetto del principio

costituzionale di difesa (art. 24 Cost.), oltre che dei principi dell'Unione europea in tema di parità delle parti, di giusto processo (come riconosciuti anche dall'art. 2 c.p.a.), di non discriminazione e di libera concorrenza in materia di appalti pubblici».

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)

### Applicabilità del rito "superaccelerato" in caso di esclusione per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica- Va esclusa

*Il rito "superaccelerato" previsto dai commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a., aggiunto dall'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2006, n. 50, non si applica nel caso di esclusione dalla gara fondata su presupposti diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica prescritti dalla lex specialis di gara. Neppure può ipotizzarsi una estensione in via analogica delle nuove disposizioni processuali al di fuori delle ipotesi espressamente previste, ostandovi la natura eccezionale del rito.*

Tar Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1020, Pres. S. Veneziano, Est. G. Di Vita

### Avalimento – Fattispecie complessa di natura negoziale

*Il rapporto di avalimento si sostanzia in una fattispecie complessa di natura negoziale, incentrata sulla promessa del fatto del terzo di cui alla dichiarazione di avalimento, secondo una logica analoga al cd. contratto "sul patrimonio del terzo": il collegamento negoziale tra la dichiarazione ed il contratto di avalimento con le (pur formalmente separate) dichiarazioni rese dalla ausiliaria è valorizzabile ed anzi imposto dall'applicazione delle regole ermeneutiche scolpite dagli artt. 1366 c.c. (declinato come obbligo di buona fede teso a salvaguardare l'utilità che la parte ritrae dal contratto) nonché dall'art. 1362 c.c., commi 1 e 2, (declinato sia come ricerca della comune intenzione delle parti in senso sostanziale ed al di là del testo letterale, sia come valutazione del comportamento complessivo insito pure in ulteriori dichiarazioni rese dalle parti stesse).*

Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 17 gennaio 2017, n. 26, Pres. R. Politi, Est. F. M. Tropiano

### Avalimento dell'attestazione SOA – Specificazione dei requisiti economico-finanziari

*In sede di gara pubblica, ai fini del contenuto del contratto di avalimento, se l'operatore economico privo di qualificazione si avvale dell'attestazione SOA di una impresa ausiliaria, le esigenze di puntuale specificazione dei requisiti economico-finanziari oggetto di avalimento sono assicurate dall'indicazione della SOA oggetto di avalimento senza che occorra all'uopo indicare gli specifici requisiti sottesi al rilascio dell'attestazione.*

Tar Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1023, Pres. S. Veneziano, Est. G. Di Vita

### Clausola sociale degli appalti di lavori e di servizi – Libertà di iniziativa economica

In sede di gara pubblica, la "clausola sociale", prevista dall'art. 50, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve conformarsi ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, da un lato lesiva della concorrenza perché scoraggia la partecipazione alla gara e limita ultroneamente la platea dei partecipanti, e, dall'altro, atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost.; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante.

Tar Toscana, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231, Pres. R. Trizzino, Est. R. Giani

### Contenzioso appalti a duplice sequenza – L'aggiudicazione non incide sull'interesse a ricorrere ex art. 120, comma 2-bis

*Il nuovo rito ha definito un modello complessivo di contenzioso appalti a duplice sequenza, in cui il nuovo sottosistema accelerato viene disgiunto da quello successivo delle impugnazioni per altri vizi della procedura di gara (es. vizi del bando, della composizione della commissione, della documentazione prodotta ma verificata dopo l'aggiudicazione, dell'offerta stessa), ovvero per vizi relativi all'esito oggettivo della stessa. In ragione della separazione delle due fasi processuali, cui corrispondono anche riti diversi, la successiva aggiudicazione non può ritenersi tale da incidere sull'interesse a ricorrere ex art. 120, comma 2-bis, non essendo venuta meno l'utilità (o la ratio) del ricorso anticipato.*

Tar Lazio, sez. I-bis, 8 febbraio 2017, n. 2118, Pres. A. Concetta, Est. P. Palatini

### Contratto di avalimento – Distinzione tra requisiti generali e risorse –Necessità che l'oggetto sia determinato, e non soltanto determinabile

*In sede di gara pubblica, ai fini del contenuto del contratto di avalimento occorre distinguere fra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo) e risorse, per le quali soltanto si giustifica l'esigenza di una messa "a disposizione" in modo specifico, con la conseguenza che il contratto di avalimento dovrà per ciò stesso essere ad oggetto necessariamente determinato, piuttosto che semplicemente determinabile.*

Tar Catania, sez. IV, 20 gennaio 2017, n.122, Pres. G. Panetti, Est. G. G. R. Cumin

### Contratto di avalimento – È illegittima l'esclusione in caso di mancata assunzione del vincolo di solidarietà tra concorrente ed ausiliario

*È illegittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante esclude un concorrente dalla gara per il fatto che nel contratto di avalimento manca l'assunzione, tra concorrente e ausiliario, del vincolo in punto di solidarietà, senza che sia stato indicato il motivo per il quale non è stata ritenuta sufficiente l'eterointegrazione del contratto in base al combinato disposto degli artt. 89, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e 1374 cod. civ.*

Tar Catania, sez. IV, 20 gennaio 2017, n.122, Pres. G. Panetti, Est. G. G. R. Cumin

### Cronoprogramma – Costituisce elemento essenziale dell'offerta, la cui carenza non emendabile con soccorso istruttorio

*Il crono programma è elemento essenziale dell'offerta – la cui carenza non è emendabile mediante il potere di soccorso istruttorio – rappresentando impegno negoziale sul rispetto della tempistica delle singole fasi lavorative e certificando la serietà della complessiva offerta contrattuale, almeno in relazione ai tempi di esecuzione: pertanto, ove il cronoprogramma sia stato previsto non solo formalmente ma, soprattutto, sostanzialmente quale elemento imprescindibile per la valutazione della serietà dell'offerta dalla sua mancata allegazione può legittimamente farsi discendere la sanzione dell'esclusione dell'impresa concorrente inadempiente.*

Tar Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1020, Pres. S. Veneziano, Est. G. Di Vita

### Informativa antimafia – Il ricorso è soggetto al rito ordinario

*Il ricorso proposto avverso una informativa antimafia – istituto di portata generale, "trasversale", che non interseca, cioè, solo la materia dei pubblici appalti – è soggetto al rito ordinario e non al rito appalti, con la conseguenza che il termine di impugnazione è quello ordinario di 60 giorni e non dimezzato di 30 giorni, previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a.*

Cons. Stato, sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319, Pres. M. Lipari, Est. M. Noccellì

### Offerta – Mancata sottoscrizione – Impossibile supplire mediante soccorso istruttorio

*In caso di mancata sottoscrizione dell'offerta non è possibile supplire mediante il potere di soccorso istruttorio dell'amministrazione, perché altrimenti si verificherebbe una lesione della par condicio tra i concorrenti alla procedura di affidamento, con la possibilità concessa a questi ultimi di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale da manifestare in seno alla procedura nelle tassative modalità predeterminate nell'avviso pubblico.*

Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 596, Pres. C. Saltelli, Est. F. Franconiero

### Avalimento – Oggetto – Obbligo di Interpretazione sistematica e secondo buona fede degli atti di gara

*L'oggetto dell'avalimento, menzionato in via meramente generica nel contratto, può essere specificamente individuato mediante il riferimento alle ulteriori dichiarazioni versate agli atti di gara. La Stazione appaltante è tenuta ad una interpretazione logica, sistematica e condotta secondo buona fede della documentazione depositata in ragione*

della doverosità di una lettura sostanziale degli atti di gara, in linea con il formante giurisprudenziale più recente (Ad. Plen. n. 23/2016 e Consiglio di Stato sentenza n. 2952/2016), il quale privilegia una interpretazione non formalistica del rapporto di avvalimento, tesa a tutelare il principio della massima concorrenzialità.

Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 17 gennaio 2017, n. 26, Pres. R. Politi, Est. F. M. Tropiano

### Omessa dichiarazione dell'esistenza di una sentenza di condanna – Costituisce causa di esclusione

*Deve essere escluso dalla gara, ai sensi dell'art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il concorrente che ha omesso di dichiarare l'esistenza di una recente sentenza penale, emessa nei suoi confronti, di condanna per truffa continuata ai danni dello Stato, dovendo la valutazione dell'affidabilità e dell'integrità delle partecipanti – e dunque della gravità di una eventuale condanna subita – essere effettuata dalla sola stazione appaltante e non dalle stesse concorrenti.*

Tar Veneto, sez. III, 16 febbraio 2017, n. 171, Pres. ed Est. O. Settesoldi

### Onere di impugnazione immediata delle ammissioni alla gara in una fase antecedente all'aggiudicazione

*Il legislatore ha onerato tutti i partecipanti ad una gara dell'impugnazione immediata delle ammissioni in una fase antecedente al sorgere della lesione concreta e attuale data dall'aggiudicazione, in ragione dell'impossibilità a far valere poi i profili inerenti all'illegittimità di tali determinazioni mediante un successivo ricorso incidentale, proposto per paralizzare quello principale con cui sia stata impugnata l'aggiudicazione; ciò, nella precipua ottica di “definire la platea dei soggetti ammessi alla gara” in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione, evitando così un possibile annullamento dell'affidamento per un vizio a monte della procedura.*

Tar Lazio, sez. I-bis, 8 febbraio 2017, n. 2118, Pres. A. Concetta, Est. P. Palatini

### Principio della concorrenza nelle gare – Massima partecipazione delle imprese

*La matrice volta a stimolare la concorrenza, sia attraverso la massima partecipazione possibile alle gare pubbliche sia garantendo una più elevata possibilità che le imprese di piccole e medie dimensioni possano risultare aggiudicatrici, caratterizza tutta la normativa europea in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, il nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, in particolare nelle disposizioni dell'art. 51, secondo cui “nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro imprese, piccole e medie imprese”, e dell'art. 83, comma 2, che prevede che i requisiti di idoneità professionale e le capacità economica e finanziaria e tecniche – professionali sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, “tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”.*

Tar Lazio, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345, Pres. A. S. Amodio, Est. R. Caponigro

### Raggruppamento Temporaneo di Imprese – Garanzia per l'esecuzione del contratto – Divieto di soccorso istruttorio

*In sede di gara pubblica, ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 8 dell'art. 93 del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto deve riferirsi a tutte le imprese costituenti il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese. In caso di mancata produzione di detta garanzia per tutte le imprese del raggruppamento temporaneo, non può farsi ricorso al soccorso istruttorio, trattandosi di produzione prevista dal citato art. 93 a pena di esclusione.*

Tar Lazio, sez. I-ter, 18 gennaio 2017, n. 878, Pres. G. Panzironi, Est. R. Tricarico

### Rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti

*Nel contenzioso appalti occorre esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale ove sia configurabile il reciproco interesse del ricorrente principale e di quello incidentale che, con censure speculari, mirano alla reciproca esclusione, potendo in tal caso tale interesse essere soddisfatto anche con la rinnovazione della gara, indipendentemente dal numero dei partecipanti, non potendosi escludere che anche altre offerte risultino irregolari.*

Tar Napoli, sez. III, 10 febbraio 2017, n. 831, Pres. F. Donadono, Est. G. Esposito

### Soccorso istruttorio – Natura interpretativa e non innovativa dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016

*L'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui prevede che “la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione”, ha natura interpretativa e non innovativa del pregresso quadro normativo che considera il pagamento pecuniario non alla stregua di sanzione automatica, ma quale onere per la riammissione previa integrazione, in linea con il principio di proporzionalità, in quanto evita l'applicazione di una misura volta a colpire, anche in assenza di colpa, la mera condotta violativa di obblighi formali e documentali.*

Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2017, n. 92, Pres. F. Caringella, Est. S. Aureli

## Diritto tributario

TASSAZIONE DEI REDDITI DERIVANTI DA ATTIVITÀ DI AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ CONSEGUITI DA UN SOGGETTO NON RESIDENTE .....	94
di Maria Russo	
RIPETIZIONE DI INTERESSI ANATOCISTICI IN FAVORE DEL CORRENTISTA: PROFILI TRIBUTARI DI INTERESSE ERARIALE .....	100
di Daniela Parisi e Lorenzo Sacchetti	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE .....	105
a cura di Maria Pia Nastri	

## Tassazione dei redditi derivanti da attività di amministratore di società conseguiti da un soggetto non residente

### abstract

*Different tax systems established by the States result a problem of international double taxation, that different countries have tried to solve both of national law instruments that under international law, such as in particular the conventions to avoid double taxation.*

*The project will focus on methods of taxation of income derived from the activity of the Italian company executive earned by a non-resident.*

### keywords

*Conventions – Double taxation – Non-resident individuals.*

### abstract

*I differenti sistemi di tassazione adottati dagli Stati comportano una problematica di doppia imposizione internazionale, che i diversi Paesi hanno cercato di risolvere sia con strumenti di diritto interno che di diritto internazionale come, in particolare, le convenzioni per evitare le doppie imposizioni.*

*L'intervento si soffermerà sulle modalità di tassazione dei redditi derivanti dall'attività di amministratore di società italiana conseguiti da un soggetto non residente.*

### parole chiave

*Convenzioni – Doppia imposizione – Persone fisiche non residenti.*

### sommario

Premessa. – **1.** Principi di tassazione dei redditi conseguiti da persone fisiche non residenti. – **2.** Soggetti non residenti in Italia ed applicazione dell'imposta. – **3.** Convenzioni per evitare le doppie imposizioni sui redditi. – **4.** Tassazione dei redditi derivanti dallo svolgimento dell'attività di amministratore di una società italiana conseguiti da un soggetto residente in Spagna. – **5.** Conclusioni.

### Premessa

La questione qui trattata riguarda la tassazione ai fini IRPEF del reddito conseguito dall'amministratore di una società italiana il quale è residente in Inghilterra. Per la nostra normativa, in tal caso, si ha una "assimilazione" dei redditi percepiti a quelli di

lavoro dipendente. La fattispecie è particolare perché non rileva il luogo dove l'attività è svolta, bensì la residenza del soggetto che eroga il compenso e pertanto, al verificarsi di determinate condizioni, il reddito percepito in relazione all'ufficio di amministratore può essere sottoposto a imposizione in Italia. Per abbozzare un rapido esame dei problemi che pone la disciplina tributaria della sanzione in Italia dei redditi percepiti da un non residente amministratore di società italiana, si studierà dapprima l'istituto della residenza fiscale alla luce della normativa domestica ed internazionale, per andare poi ad esaminare il trattamento tributario delle somme percepite dagli amministratori di società all'estero. Ci soffermeremo, infine, sul caso specifico in cui i redditi sono conseguiti da un soggetto residente in Spagna. A tal fine, non andrà trascurato quanto disposto dalla Convenzione esistente tra l'Italia e la Spagna e dovremo tener presente i possibili problemi di compatibilità della nostra normativa con il diritto UE.

### 1. Principi di tassazione dei redditi conseguiti da soggetti non residenti

L'art. 2 del d.P.R. n. 917/86 (Testo unico delle imposte sui redditi) assoggetta all'imposta le persone fisiche, residenti e non residenti, nel territorio dello Stato ed identifica come residenti<sup>1</sup> le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente, o in alternativa hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile.

La norma fiscale, dunque, da un lato si avvale di un elemento di natura obiettiva, ovvero dell'iscrizione anagrafica e, dall'altro rinvia alle nozioni civilisti-

<sup>1</sup> Sul piano della normativa internazionale, l'art. 4 del Modello OCSE di convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni prevede che, ai fini della Convenzione stessa, l'espressione "residente in uno Stato contraente" designi la persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è ivi assoggettata ad imposizione a motivo del suo domicilio, residenza o altro criterio di natura analoga. Come precisato dal Commentario OCSE tale definizione si riferisce alla definizione di residenza adottata nella legge nazionale di ciascuno Stato. Nel caso in cui un soggetto, in applicazione delle varie leggi nazionali, risulti residente in più Stati, per dirimere il conflitto si applica il paragrafo 2 dell'art. 4 del modello di convenzione OCSE, che fissa alcuni criteri detti "tie breaker rules", i quali si applicano in un preciso ordine di priorità.

che di “domicilio” e di “residenza”<sup>2</sup>. Tuttavia, tenuto conto che i criteri sopra descritti sono alternativi<sup>3</sup>, ne consegue che la soggettività passiva ai fini delle imposte sui redditi si considera realizzata laddove uno dei tre criteri indicati si sia verificato; l’aver richiamato anche il domicilio come caratteristica identificativa della residenza ai fini fiscali pone in rilievo l’intenzione del legislatore di voler considerare come rilevante la permanenza in senso fisico nel territorio della Repubblica.

La locuzione «maggior parte del periodo d’imposta» viene convenzionalmente interpretata come riferimento al domicilio nel territorio dello Stato per un periodo che inizi a decorrere dai 183 giorni di permanenza, corrispondente alla metà più uno dei giorni che compongono l’anno d’imposta, non necessariamente continuativi.

In seguito al frequente verificarsi di condotte elusive basate su trasferimenti fittizi della residenza all’estero da parte di persone fisiche, il legislatore ha aggiunto il c. 2-*bis*<sup>4</sup> all’art. 2 del TUIR disponendo, con presunzione relativa, che si considerano residenti i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato<sup>5</sup>.

Il successivo art. 3, ai fini della determinazione della base imponibile, prevede una distinzione tra soggetti residenti e non residenti.

Per i soggetti residenti, il reddito complessivo è caratterizzato dalla sommatoria di tutti i redditi posseduti; vale a dire che l’imposizione personale nei confronti di tali soggetti è caratterizzata dal principio della globalità, ossia il principio del “*world wide system*”, secondo cui alla formazione della base imponibile concorrono tutti i redditi del soggetto possessore, a prescindere dalla natura e dal luogo della produzione<sup>6</sup>.

Identifica, invece, come base imponibile dell’imposta, per i contribuenti che non risiedono nel territorio dello Stato, solo i redditi prodotti nel territorio dello Stato.

Tali redditi vengono elencati nell’art. 23 dello stesso d.P.R. n. 917/86, che considera prodotti nel

territorio dello Stato, oltre ai redditi fondiari e di capitale:

- c) i redditi di lavoro dipendente prestato nel territorio dello Stato, compresi i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell’art. 50;
- d) i redditi di lavoro autonomo derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato;
- e) i redditi di impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni;
- f) i redditi diversi derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato e da beni che si trovano nel territorio stesso, nonché le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti.

Nei casi sopra evidenziati il collegamento della produzione del reddito al territorio scaturisce dalla prestazione di lavoro esercitata nel territorio dello Stato, sia che essa assuma la natura di lavoro dipendente, autonomo o di impresa.

In funzione di prevenzione di talune pratiche elusive, il successivo c. 2<sup>7</sup>, però, dispone talune deroghe al principio di territorialità individuate in via tassativa, dando rilievo al luogo in cui risiede il soggetto che eroga il reddito. In particolare, si considerano sempre prodotti in Italia, « se corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti».

In definitiva, dalla lettura combinata dei c.c. 1 e 2 dell’art. 23 si evince che, per i redditi di lavoro autonomo, ad eccezione dei compensi per cessione di diritti d’autore, per i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere a) e b) dell’art. 50 e per i redditi diversi, l’imposta si applica solo se i redditi sono corrisposti per attività svolte nel territorio dello Stato; viceversa, i menzionati compensi per la cessione o l’utilizzazione di opere dell’ingegno ed i redditi assimilati di cui alle lettere c), c-*bis*), f), h), h-*bis*), i) ed l) dell’art. 50, si considerano imponibili in Italia se corrisposti da enti pubblici o privati residenti o con stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

<sup>2</sup> GAFFURI, *La tassazione di redditi d’impresa prodotti all’estero: principi generali*, 2008, p. 127 ss.

<sup>3</sup> Secondo l’Amministrazione Finanziaria (C.M. 2 dicembre 1997, n. 304) dal dettato testuale della norma emergerebbe chiaramente che i tre requisiti sono tra loro alternativi. Sulla stessa linea è schierata anche la dottrina: cfr. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, 2006; VINCIGUERRA, VALENTE, *Esterovestizione delle persone fisiche: Centro degli interessi vitali e nomadismo fiscale*, 2016, p. 9; TESAURO, *Istituzione di diritto tributario. Parte Speciale*, 2008, p. 27.

<sup>4</sup> Cfr. comma introdotto con l’art. 10, comma 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, modificato dall’art. 1, comma 83, lett. a), della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

<sup>5</sup> TINELLI, MENCARELLI, *Lineamenti giuridici dell’imposta sul reddito delle persone fisiche*, 2013, p. 40.

<sup>6</sup> ABRITTA, CACCIAPAGLIA, CARBONE, GHEIDO, *Codice TUIR Commentato*, II Ed., p. 3.

<sup>7</sup> Art. 23, comma 2 del d.P.R. n. 917/1986 «Indipendentemente dalle condizioni di cui alle lettere c), d), e) e f) del comma 1 si considerano prodotti nel territorio dello Stato, se corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti:

a) le pensioni, gli assegni ad esse assimilati e le indennità di fine rapporto di cui alle lettere a), c), d), e) e f) del comma 1 dell’art.17; b) i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere c), c-*bis*), f), h), h-*bis*), i) e l) del comma 1 dell’art. 50; c) i compensi per l’utilizzazione di opere dell’ingegno, di brevetti industriali e di marchi d’impresa, nonché di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico;...».

## 2. Soggetti non residenti in Italia ed applicazione dell'imposta

Con riferimento ai redditi prodotti in Italia dai non residenti il principale modulo di imposizione è quello della dichiarazione dei redditi.

Chiunque, quindi, possiede redditi imponibili prodotti in Italia, anche se residente all'estero, è tenuto a dichiararli all'Amministrazione finanziaria utilizzando il modello UNICO, salvo i casi di esclusione previsti espressamente.

In particolare, sono esonerati dall'obbligo di presentare la dichiarazione dei redditi coloro che nel periodo d'imposta considerato hanno posseduto:

- redditi di qualsiasi tipologia, eccetto quelli per i quali è obbligatoria la tenuta di scritture contabili, fino a un importo non superiore a 3000 euro;
- solo reddito di lavoro dipendente o di pensione corrisposto da un unico sostituto d'imposta obbligato ad effettuare le ritenute d'acconto;
- redditi di lavoro dipendente erogati da più sostituti d'imposta se è stato chiesto all'ultimo di tenere conto dei redditi corrisposti durante i rapporti precedenti e quest'ultimo ha effettuato le operazioni di conguaglio.

Il contribuente esonerato può comunque presentare la dichiarazione dei redditi per far valere eventuali oneri sostenuti o detrazioni non attribuite oppure per chiedere il rimborso di eccedenze d'imposta derivanti dalla dichiarazione presentata precedentemente o da acconti versati. Nel caso in cui si sia subita in Italia una ritenuta superiore a quanto previsto dalla Convenzione internazionale vigente, si può chiedere il rimborso delle imposte pagate in eccedenza.

Il secondo modulo di imposizione dei non residenti è il sistema delle ritenute.

Integratosi, quindi, il criterio di collegamento, non tutti i soggetti non residenti debbono presentare una dichiarazione, in quanto alcuni redditi vengono assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo di imposta<sup>8</sup>, come per esempio i redditi di capitale, i redditi di lavoro autonomo, i redditi derivanti da rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, i redditi diversi derivanti dallo svolgimento di attività ed i compensi per l'utilizzazione di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di marchi d'impresa nonché di processi, formule e informazioni relativi a esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico.

<sup>8</sup> Il titolo III del d.P.R. n. 600/1973 contiene la disciplina delle cosiddette "ritenute alla fonte": queste possono essere o "a titolo d'acconto" o "a titolo di imposta". Nel primo caso il soggetto che le subisce (sostituto) determinerà, in sede di dichiarazione, l'imposta dovuta secondo le aliquote progressive e scomputerà poi le ritenute per giungere al saldo da versare: le ritenute sono appunto solo un acconto sul versamento complessivo. Nel secondo caso la ritenuta è esaustiva del prelievo; il soggetto che la subisce non deve versare altro a titolo di imposta su quel reddito ed è di norma esonerato dagli obblighi dichiarativi, che sono, tipicamente, strumentali agli ulteriori prelievi.

In tal caso, il soggetto che eroga le somme deve operare all'atto del pagamento una ritenuta alla fonte sulla parte imponibile dei redditi nella misura del 30%, a titolo d'imposta, salvo l'applicazione di una disposizione convenzionale più favorevole.

## 3. Convenzioni per evitare le doppie imposizioni sui redditi

Nell'ambito degli ordinamenti tributari contemporanei coesistono normalmente due sistemi impositivi:

- il primo, retto da "*worldwide taxation principle*", applicato a quei soggetti che sono caratterizzati da un qualificato collegamento personale con l'ordinamento dello stato, normalmente la residenza. Secondo tale criterio il reddito dei soggetti residenti concorre a formare la base imponibile nello Stato di residenza, ovunque sia il luogo di produzione<sup>9</sup>;
- il secondo, dipendente invece dal principio della "*source taxation*", applicato a quei soggetti cui non è attribuibile il predetto collegamento di carattere personale con la Nazione impositrice e che ricavano uno o più redditi imponibili da fonti che sono invece in relazione, normalmente di natura territoriale, con il predetto Paese.

Come detto, anche nel sistema tributario italiano, alle persone fisiche residenti nel territorio dello Stato l'imposta sui redditi si applica sul reddito complessivo, formato da tutti i redditi posseduti, prodotti in Italia o meno. Viceversa, per le persone fisiche non residenti il reddito complessivo è costituito solo dai redditi prodotti nel territorio dello Stato. E' intuitivo comprendere che il reddito transnazionale, come sopra descritto, può associarsi al fenomeno della doppia imposizione internazionale. Basti pensare all'ipotesi in cui il residente nello Stato A, ivi soggetto a imposizione sui redditi ovunque prodotti, realizzi un reddito nello Stato B, il quale ultimo applica il sistema di tassazione su base territoriale per i redditi dei non residenti. In questo caso, sul reddito prodotto nello Stato B graverà la potestà impositiva concorrente di due Stati e, pertanto, in assenza di rimedi, una doppia imposizione.

La doppia imposizione internazionale può essere sia giuridica che economica. La prima si verifica quando lo stesso reddito o lo stesso patrimonio è assoggettato ad imposta in capo allo stesso soggetto in due o più Stati<sup>10</sup>, la seconda invece quando il medesimo reddito viene tassato due volte in capo a soggetti diversi.

Non sussistendo nel diritto internazionale alcun obbligo di evitare la doppia imposizione, in assenza di specifici rimedi la medesima potrebbe verificarsi sistematicamente in tutti i contesti in cui il reddito abbia natura transnazionale. Può, quindi, accadere che la

<sup>9</sup> SOZZA, *La fiscalità internazionale*, p. 67 e ss.

<sup>10</sup> MELIS, BARASSI, GRANDINETTI, FRANZÈ, BIZIOLI, MASTELONE, DORIGO, VICINI RONCHETTI, BALLANCIN, VANZI, SABBÌ, SCALIA, MORETTI, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, 2016, p. 83 ss.

fattispecie di doppia imposizione sia senza soluzione, così che il soggetto passivo sia costretto ad assolvere l'imposta sul medesimo reddito in due o più Paesi, oppure al contrario che tali problematiche vengano risolte, in tutto o in parte, mediante appositi strumenti, talora di diritto interno, talora di diritto internazionale, come in particolare le convenzioni contro la doppia imposizione<sup>11</sup>.

Nell'ambito del diritto interno, il nostro ordinamento tributario ha adottato il metodo del credito d'imposta, contemplato dall'art. 165 del TUIR<sup>12</sup>, rubricato "*Credito d'imposta per i soggetti prodotti all'estero*", in base al quale il soggetto passivo residente in Italia che abbia prodotto un reddito all'estero, ivi già tassato a titolo definitivo, può detrarre dalle imposte dovute in Italia sul medesimo reddito una quota di imposta pari a quella già versata all'estero. Con tale metodo, quando l'imposta estera, rispetto a quella dovuta in Italia, è:

- a) inferiore: occorre versare all'Erario italiano la differenza (es: un soggetto paga in Francia un'imposta pari a 600. Lo stesso reddito in Italia sarebbe tassato per 700, allora il soggetto deve pagare all'Italia 100);
- b) superiore: non si dà luogo a "restituzione" dell'eccedenza, in quanto il credito compete solo fino a concorrenza dell'imposta italiana relativa al reddito prodotto estero<sup>13</sup> (es.: un soggetto paga in Francia un'imposta pari a 900. Lo stesso reddito in Italia sarebbe tassato per 800, allora il soggetto non avrà diritto ad alcuna restituzione).

Sul punto, si rileva che il Decreto internazionalizzazione è intervenuto sulla disciplina in commento con rilevanti modifiche, in particolare è stato esteso a tutti i contribuenti il meccanismo del riporto in avanti o all'indietro delle eccedenze di imposta estera, che, quindi, sebbene non possano essere restituite possono essere riportate negli esercizi successivi<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> FRANZONI, *La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi*, EGEA Spa.

<sup>12</sup> L'art. 165 del TUIR, al c. 1, dispone che «Se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione». Il metodo del credito d'imposta è adottato dai Paesi che hanno un sistema di tassazione dei redditi su base personale e risponde al principio di capacità contributiva.

<sup>13</sup> Cfr. Circ. n. 9/E del 05 marzo 2015.

<sup>14</sup> Cfr. d. lgs. 14 settembre 2015, n. 147. Il decreto ha uniformato i criteri di detrazione delle imposte estere per tutti i soggetti passivi; in particolare, è stata ampliata a tutti i contribuenti la possibilità di detrarre per "competenza" le imposte estere senza attendere necessariamente la definitività delle stesse. Inoltre, ha introdotto una norma interpretativa in forza della quale si stabilisce che l'art. 165 del Tuir trova applicazione tanto alle imposte coperte da convenzioni contro le doppie imposizioni quanto a ogni altra imposta o tributo estero gravante sul reddito. Vedi BATTISTINI,

Il problema della doppia imposizione trova compiuta disciplina non solo nelle legislazioni nazionali, ma anche a livello internazionale.

Al riguardo, al fine di prevenire fenomeni di doppia imposizione sui redditi, sia quelli prodotti all'estero da italiani che quelli prodotti nello Stato da cittadini stranieri, l'Italia ha stipulato convenzioni bilaterali con numerosi Paesi esteri, attraverso le quali vengono concordati i criteri per definire, nell'ipotesi di reddito transnazionale, quale sia lo Stato che ha la potestà impositiva<sup>15</sup>.

La loro efficacia nell'ordinamento nazionale si fonda su un provvedimento legislativo, con il quale il Parlamento autorizza con legge<sup>16</sup> il Presidente della Repubblica alla ratifica delle convenzioni contro le doppie imposizioni<sup>17</sup>.

I metodi su cui si basano le convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni<sup>18</sup> sono i seguenti:

- stabilire l'imponibilità in entrambi gli Stati, con l'obbligo però di ammettere in deduzione l'eventuale imposta già assolta nello Stato di origine del reddito (metodo del credito d'imposta o *imputation system*)<sup>19</sup>;
- sancire a priori l'imponibilità di un determinato reddito solamente in uno dei due Stati, cosicché lo Stato della residenza non considera tassabili i redditi prodotti all'estero dai propri residenti e attribuisce unilateralmente alla Stato della fonte l'esercizio esclusivo della potestà impositiva (metodo dell'esenzione o *exemption system*);
- un terzo metodo, cosiddetto "misto", contempla, assieme all'utilizzo del credito d'imposta, la previsione di un limite massimo di prelievo tributario effettuabile in uno dei due Stati.

Tutte e tre queste possibili soluzioni sono in effetti riscontrabili nei trattati stipulati dall'Italia con le varie controparti, secondo una pratica condivisa da numerosi Stati. Ciò è dovuto al fatto che tali soluzioni operative sono previste dal modello di trattato contro le doppie imposizioni, elaborato dall'OCSE, a cui il nostro Paese fa riferimento<sup>20</sup>, che concede agli Stati la libera scelta del metodo da adottare.

FASANO, *Recupero per "competenza" del credito sulle imposte estere anche per le persone fisiche*, in "Il Fisco", n. 22/2016, p. 2123 ss.

<sup>15</sup> FANTOZZI, *Diritto tributario*, 2012, p. 230.

<sup>16</sup> Con riguardo ai trattati in materia tributaria, la ratifica per legge è ritenuta necessaria in relazione al principio di cui all'art. 23 della Costituzione. Cfr. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, 2009, p. 78.

<sup>17</sup> GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale: nozioni e principi generali*, in *Corriere Tributario*, n. 14/2002, p. 1275.

<sup>18</sup> I trattati oggi esistenti mirano ad eliminare la doppia imposizione giuridica; molto rari sono, infatti, gli accordi che hanno come obiettivo l'eliminazione della doppia imposizione economica. Cfr. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, 2009, passim.

<sup>19</sup> Metodo previsto, come detto, anche dal nostro ordinamento tributario all'art. 165 del TUIR.

<sup>20</sup> SOZZA, *La fiscalità internazionale*, p. 68 e ss.

Si ricorda che secondo quanto stabilito dall'art. 117 della Costituzione le previsioni contenute negli accordi internazionali prevalgono rispetto alle norme ordinarie interne. Questo significa che le norme dei trattati internazionali, una volta recepite, hanno natura sub costituzionale e quindi sono superiori alla legge ordinaria. In caso di conflitto con quest'ultima prevale la norma internazionale.

La regola della prevalenza delle norme internazionali trova, tuttavia, un limite nell'ipotesi in cui la norma interna risulti più favorevole al contribuente. Prevede, infatti, l'art. 169 TUIR che «le disposizioni del presente testo unico si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione».

Quindi, la normativa nazionale va coordinata e, verificata la sua applicazione, con la presenza di accordi contro le doppie imposizioni eventualmente esistenti tra gli Stati membri interessati.

#### 4. Tassazione dei redditi derivanti dallo svolgimento di attività di amministratore di una società italiana conseguiti da un soggetto residente in Spagna

Ai sensi dell'art. 2389, c. 1 del c.c. i compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo sono stabiliti all'atto della nomina o dell'assemblea. Generalmente il compenso spettante ai membri dell'organo amministrativo di una società per lo svolgimento delle proprie funzioni è determinato in misura fissa ovvero variabile in proporzione all'ammontare degli utili conseguiti dalla società.

Ciò premesso, il regime impositivo applicabile ai redditi percepiti dall'amministratore è disciplinato dall'art. 50, c. 1, lett. *c-bis*) del d.P.R. n. 917/86, il quale stabilisce che sono redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente «le somme e i valori in genere, a qualunque titolo, percepiti nel periodo di imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione agli uffici di amministratore», a meno che gli uffici rientrino nei compiti istituzionali compresi nell'attività di lavoro dipendente di cui all'art. 49, c. 1 del Tuir, concernente i redditi di lavoro dipendente o nell'oggetto dell'arte o professione di cui all'art. 53, c. 1 del Tuir, concernente i redditi di lavoro autonomo.

È possibile, quindi, affermare che i proventi derivanti dall'ufficio di amministratore:

- per regola generale, danno luogo a reddito assimilato a quello di lavoro dipendente;
- in via di eccezione, quando l'ufficio rientri nei compiti istituzionali oggetto della professione, sono riconducibili all'attività professionale<sup>21</sup>, oppure quando un dipendente, in base a contratto di lavoro, agisce anche come amministratore di so-

cietà, i relativi compensi confluiscono nel reddito di lavoro dipendente.

Il caso che qui sarà esaminato riguarda la tassazione del compenso percepito da un soggetto residente in Spagna (che non svolge attività di lavoro autonomo) per lo svolgimento della funzione di amministratore di una società italiana.

Al riguardo, l'art. 23, rubricato «Applicazione dell'imposta ai non residenti», al c. 2, lett. b), Tuir dispone che «qualora il compenso di amministratore, corrisposto da un sostituto di imposta residente in Italia, sia erogato ad un soggetto non residente, esso si presume prodotto in Italia e, dunque, è ivi tassabile, indipendentemente da dove l'attività sia fisicamente svolta».

Nello specifico l'art. 23, c. 2, lett. b) del Tuir stabilisce che: «Indipendentemente dalle condizioni di cui alle lettere c), d), e) e f) del comma 1 si considerano prodotti nel territorio dello Stato, se corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti: ...b) i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere c), *c-bis*), f), h), *h-bis*), i) e l) del comma 1 dell'articolo 50».

In altre parole, il reddito dell'amministratore non residente fiscalmente in Italia, se corrisposto da una società italiana, deve essere in Italia assoggettato ad imposizione, a prescindere da dove l'attività viene svolta.

La modalità di tassazione è stabilita dall'art. 24, c. 1-ter del d.P.R. n. 600/73<sup>22</sup>, il quale prevede che sui compensi corrisposti agli amministratori non residenti, deve essere operata una ritenuta a titolo d'imposta nella misura del 30%.

Tuttavia, come anche ricordato dall'Amministrazione finanziaria con la Circolare n. 67 del 06 luglio 2001, l'art. 23, c. 2, del d.P.R. n. 917/86 opera pienamente solo nell'ipotesi in cui non esista una Convenzione contro le doppie imposizioni che disciplini diversamente la materia. In questi casi si dovrà, infatti, valutare l'eventuale disciplina di maggior favore contenuta nelle Convenzioni.

Nel caso in esame la norma richiamata va coordinata, quindi, con la Convenzione esistente tra l'Italia e la Spagna<sup>23</sup>.

Orbene, l'art. 16 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Spagna testualmente prevede che «la partecipazione agli utili, i gettoni di presenza e le altre retribuzioni analoghe che un residente di uno Stato contraente riceve in qualità di membro del consiglio di amministrazione o del collegio sindacale di

<sup>21</sup> Al riguardo si rinvia alle Circolari dell'Agenzia delle Entrate n. 67/E del 06 luglio 2001 e n. 105/E del 12 dicembre 2011.

<sup>22</sup> L'art. 24, comma 1 ter del d.P.R. n. 600/73 dispone che «sulla parte imponibile dei redditi di cui all'art. 50, comma 1, lettera *c-bis* del testo unico, in materia di redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente corrisposti a soggetti non residenti, deve essere operata una ritenuta a titolo d'imposta nella misura del 30%».

<sup>23</sup> Convenzione firmata a Roma l'08 settembre 1977 ed in vigore dal 24 novembre 1980.

una società residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato».

La disposizione convenzionale, in altri termini, afferma la tassazione nello Stato di residenza della società per la quale si svolgono le funzioni di amministratore del compenso ricevuto<sup>24</sup>.

Al riguardo, anche il Commentario OCSE, in relazione all'art. 16, precisa che «lo stesso si riferisce alla retribuzione percepita da un soggetto residente di uno Stato contraente, individuo o persona giuridica, in qualità di membro di un consiglio di amministrazione di una società che è residente dell'altro Stato contraente».

In presenza di Convenzione, quindi, l'art. 23, c. 2, lett. b), TUIR, è conforme alle disposizioni contenute nell'art. 16 della Convenzione applicabile, sia per quanto attiene la qualificazione della fattispecie che per quanto attiene l'individuazione del criterio di collegamento, costituito dalla residenza della società che ha erogato il compenso. Lo stesso Commentario precisa, infatti, che poiché talvolta può risultare difficile accertare il luogo delle prestazioni svolte nella veste di membro del consiglio di amministrazione, l'art. 16 considera che esse siano effettuate nello Stato di residenza della società.

Si introduce, pertanto, una deroga al principio di territorialità della prestazione che caratterizza tipicamente i redditi di lavoro, fissando come criterio rilevante la residenza del soggetto che corrisponde i compensi, prescindendo inoltre dal fatto che la prestazione stessa cui i redditi si riferiscono sia stata effettuata in Italia piuttosto che all'estero<sup>25</sup>.

## 5. Conclusioni

La Corte di giustizia europea con la sentenza del 13 luglio 2016, riferita alla causa C18/15, ha dichiarato incompatibili con la libera prestazione dei servizi, libertà garantita dall'articolo 56 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea (TFUE), i sistemi tributari degli Stati membri che, con riferimento ai redditi percepiti da soggetti residenti in altri Stati dell'Unione, prevedono l'applicazione di ritenute alla fonte sull'ammontare lordo del provento, senza consentire la deduzione dei costi correlati alla sua produzione.

L'ordinamento italiano, conformemente alla prassi invalsa nel diritto internazionale e trasfusa nel modello Ocse contro le doppie imposizioni, nella maggioranza dei casi non consente ai soggetti non residenti di ridurre, documentando i costi sostenuti, la base im-

nibile della ritenuta e, pertanto, presenta disposizioni che, alla luce della pronuncia, parrebbero incompatibili con il TFUE.

Alla luce della sentenza esaminiamo quali potrebbero essere i riflessi sulla normativa relativa alla tassazione dei redditi percepiti in relazione all'attività di amministratore da soggetti non residenti.

In ambito nazionale, i redditi in questione, ai sensi dell'articolo 24 del d.P.R. n. 600/1973, scontano una ritenuta a titolo di acconto e confluiscono nel reddito complessivo ed il contribuente non può dedurre le spese relative alla loro produzione. Invece, se percepiti da soggetti non residenti, su tali redditi deve essere operata una ritenuta a titolo d'imposta nella misura del 30 per cento.

Quindi, il trattamento dei residenti e dei non residenti coincide con riferimento alle modalità di calcolo della base imponibile e alla tecnica impositiva.

Unico aspetto di possibile incompatibilità con l'art. 56 del TFUE è rappresentato dall'aliquota, in quanto essendo fissata nella misura fissa del 30%, può determinare un trattamento più o meno favorevole rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione delle aliquote progressive Irpef. In tal caso un eventuale problema di compatibilità con il TFUE potrebbe essere risolto, eventualmente, disapplicando la norma nella parte in cui non prevede di determinare l'aliquota in base agli scaglioni di reddito.

<sup>24</sup> Lo Stato di residenza dell'amministratore, in ossequio al principio della "worldwide taxation", ha, comunque, una potestà impositiva concorrente e, dunque, avrà il potere di includere nella base imponibile dell'amministratore anche i redditi da questi prodotti all'estero, ma tale Stato dovrà successivamente eliminare la doppia imposizione con il metodo previsto dalla Convenzione (mediante esenzione o credito d'imposta).

<sup>25</sup> GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, 2005, p. 503.

## Ripetizione di interessi anatocistici in favore del correntista: profili tributari di interesse erariale

### abstract

*Ever more numerous are the jurisdictional measures that, in dealing with the vexata quaestio of banking anatocism, order the restitution in favor of the account holders of amounts that are articulated in a complex manner constituting, not only increased passive interest erroneously withheld as a result of their illegitimate quarterly compounding, but even as "share capital" and related active interest due to the same account holder and pertinent to previous years. This situation determines some important tax-related profiles that encompass, for different reasons, both the bank that dispenses the amount, as well as the beneficiary of the judicial donation and that vary based on the very nature of the amount remitted. The analysis of the legal framework related to the cases examined in this product has allowed, not only to recreate the correct fiscal treatment of the examined cases, but to also highlight the importance of certain other regulatory dispositions present in our judicial system which, if correctly applied, could very well allow the correct fulfillment of the obligations and compliance impositions derived from the repayment in favor of the account holders of the sums in question.*

### keywords

*Interests – Compound interest – Return – Treatment – Tax – Repetition.*

### abstract

*Sono sempre più numerosi i provvedimenti giurisdizionali che, nell'affrontare la vexata quaestio dell'anatocismo bancario, dispongono la restituzione in favore dei correntisti di somme che si articolano in maniera complessa costituendo, non soltanto maggiori interessi passivi erroneamente trattenuti a causa della loro illegittima capitalizzazione trimestrale, ma anche somme a titolo di "quota capitale" e relativi interessi attivi di spettanza dello stesso correntista ed afferenti ad annualità pregresse. Tale circostanza determina degli importanti profili di carattere tributario che involgono, per ragioni diverse, sia l'Istituto di credito che eroga la somma, sia il beneficiario della elargizione giudiziale e che variano proprio in funzione della natura della somma corrisposta. L'analisi del quadro giuridico riferito alle fattispecie esaminate nel presente lavoro ha consentito, non soltanto di ricostruire il corretto trattamento fiscale dei casi oggetto di approfon-*

*dimento, ma anche di segnalare l'importanza di talune altre disposizioni normative presenti nel nostro ordinamento che, se correttamente applicate, ben potrebbero consentire il corretto assolvimento degli obblighi e degli adempimenti impositivi derivanti dalla ripetizione in favore dei correntisti delle somme di denaro in questione.*

### parole chiave

*Interessi – Anatocismo – Restituzione – Trattamento – Tributario – Ripetizione.*

### sommario

1. Il perimetro della problematica in via di disamina. – 2. I profili di natura fiscale di interesse specifico. – 3. (segue...) la posizione del correntista, persona fisica o società, in rapporto agli obblighi dichiarativi propri. – 4. (segue...) i profili fiscali che involgono la posizione dell'Istituto di credito in qualità di sostituto di imposta nelle ipotesi di rimborso di interessi attivi. – 5. Riflessioni conclusive.

### 1. Il perimetro della problematica in via di disamina

A seguito di un complesso *excursus* giurisprudenziale, dai primi anni duemila, come noto, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno chiosato, con diverse pronunce, l'illegittimità della capitalizzazione degli interessi passivi e dell'anatocismo bancario praticato dalla maggior parte degli Istituti di credito italiani<sup>1</sup>. La vicenda è stata oggetto anche di un'importante pronuncia del giudice delle leggi<sup>2</sup> che,

<sup>1</sup> Cfr. sentenza Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Banca dati "Leggi d'Italia"*, nella quale si legge: «La legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario va esclusa anche con riguardo al periodo anteriore alle decisioni con cui la Suprema Corte, ponendosi in contrasto con l'orientamento sin lì seguito, ha accertato l'inesistenza di un uso normativo idoneo a derogare al precetto dell'art. 1283 c.c. in quanto difettano i presupposti per riconoscere, anche con a detto periodo (e nonostante l'opposto orientamento espresso dalle pronunce dell'epoca), la convizione dei clienti circa la doverosità giuridica di tale prassi». Il principio è stato confermato da altre pronunce nomofilattiche e, in particolare, con la successiva sentenza della Cass. civ. Sez. Unite, 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Banca dati "Leggi d'Italia"*, sono state pure fornite importanti precisazioni in ordine al decorso della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici in conto corrente.

<sup>2</sup> Con la sentenza della Corte Cost., 17 ottobre 2000, n. 425, in

ric conducendo la fattispecie della produzione di interessi nei contratti intercorrenti tra Banche e clienti, al dettato dell'art. 1283 c.c., ha vietato espressamente l'anatocismo trimestrale illegittimamente praticato e ha decretato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni, introdotte dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, emanate in attuazione della delega di cui alla l. 24 aprile 1998, n. 128, per eccesso della delega stessa<sup>3</sup>. In conseguenza delle citate pronunce e tenuto conto del rilevante ricorso al credito bancario che ha caratterizzato la pratica commerciale italiana fino agli anni della crisi economica, appare evidente come un corretto ricalcolo degli importi dovuti a titolo di interessi e competenze illegittimamente addebitate, all'esito di uno specifico procedimento giudiziale, possa determinare, non soltanto una netta rimodulazione della misura della propria posizione debitoria, ma finanche un saldo attivo per il cliente<sup>4</sup>, di natura sia temporanea che definitiva, esistente alla data di chiusura del conto<sup>5</sup>. È, infatti, soltanto la chiusura del conto che cristallizza l'esistenza di un saldo attivo o passivo alla cui determinazione, ad evidenza, non possono prendere parte gli interessi passivi (anatocistici) annotati dalla Banca, attesa la nullità della clausola che li prevede ed è pure dalla conclusione del rapporto contrattuale che decorre il termine per ottenere la ripetizione di quanto indebitamente trattenuto dalla Banca a titolo di capitalizzazione trimestrale degli interessi. L'attestazione del suddetto indirizzo giurisprudenziale, succes-

sivamente suffragato anche dallo stesso Legislatore<sup>6</sup>, ha ovviamente prodotto una moltitudine di pronunce di merito<sup>7</sup> tutte orientate alla condanna degli Istituti di credito per le pratiche illegali operate e alla restituzione delle somme indebitamente trattenute nei confronti dei correntisti<sup>8</sup>. Di conseguenza, assume interesse la ricostruzione del trattamento tributario di tali rimborsi al fine di inquadrare la vicenda *de qua*, tanto dal lato del correntista, quanto da quello degli Istituti di credito che erogano tali rimborsi.

## 2. I profili di natura fiscale di interesse specifico

Come accennato, quindi, a seguito del corretto ricalcolo della posizione finanziaria del correntista che abbia fatto ricorso, in via rilevante e continuativa, al credito bancario, può verificarsi che la stessa venga notevolmente ridotta, ovvero che possa addirittura mutare in attivo, sia con riguardo al saldo finale del conto, sia per la possibile attestazione a credito, in periodi più o meno lunghi nel corso della durata dello stesso rapporto bancario. La questione va analizzata sotto diversi profili e, segnatamente: i) quello che involge il percettore delle predette somme, sia esso persona fisica o giuridica, in rapporto alla qualificazione e alla natura del trattamento tributario dei rimborsi conseguiti; ii) quello dell'Istituto di credito che eroga tali rimborsi nella misura in cui talune disposizioni presenti nel nostro ordinamento e riferite alla disciplina del c.d. *Capital gain*, qualificano lo stesso quale «Sostituto di imposta»<sup>9</sup> in relazione alle somme corrisposte; iii) in rapporto alla circostanza che, come accennato, le somme restituite a seguito della rideterminazione contabile operata, possono essere qualificate, non soltanto quali meri interessi debitori e a titolo di quota capitale, ma persino quali interessi attivi in favore dello stesso correntista.

## 3. (segue...) la posizione del correntista, persona fisica o società, in rapporto agli obblighi dichiarativi propri

L'attribuzione delle somme in esame solleva profili di riflessione, in primo luogo, in ordine alla posizio-

*Banca dati "Leggi d'Italia"*, accogliendo i dubbi di costituzionalità sollevati da alcuni tribunali di merito, è stata sancita l'illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 25 del d.lgs. n. 342 del 1999 secondo cui: «...le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data dell'entrata in vigore della delibera del CICR di cui all'art. 120 T.U.B. (09 febbraio 2000 ndr) sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità e tempi di adeguamento».

<sup>3</sup> Sul piano normativo, più di recente, il Legislatore ha posto fine alla capitalizzazione degli interessi sugli interessi con la disposizione di cui al comma 629 dell'art. 1 della l. 27 dicembre 2013, n. 147, c.d. "Legge di Stabilità 2014". Per approfondimenti, vgs. SCARANTINO, *Conto corrente bancario. L'anatocismo bancario e le conseguenze della nullità delle clausole del contratto*, in *Giur. It.* n. 8 del 2016, p. 1875.

<sup>4</sup> Vale la pena di citare, a titolo di esempio, Trib. Teramo, sentenza del 28 aprile 2016, n. 561, consultabile su <http://www.delittodiusura.it>, che, non solo ha ritenuto non dovuto il pagamento da parte del correntista in favore della banca di euro 1.045.895, ma ha addirittura condannato la banca a rifondere la somma di euro 2.208.914, oltre interessi legali.

<sup>5</sup> Ciò anche in ragione del fatto che, in base alle menzionate pronunce della Suprema Corte, il termine prescrizione decennale per la ripetizione d'indebito avanzata dal cliente di una banca, decorre dalla data di chiusura del conto e ciò per la natura giuridica del contratto di conto corrente di corrispondenza che ha natura unitaria, benché costituito da una pluralità di operazioni, con la conseguenza che solo dalla chiusura del rapporto può decorrere il termine prescrizione del diritto ad ottenere la restituzione delle somme indebitamente percepite.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla modifica dell'art. 120, c. 2, del d.lgs. n. 385 del 1993 a cura della legge di Stabilità 2014 cit.

<sup>7</sup> Un elenco, soltanto esemplificativo dei provvedimenti giudiziari emanati negli ultimi anni può essere consultato su: <http://www.federcontribuentinazionale.it>, su <http://www.antes-como.it> e su <http://www.delittodiusura.it>.

<sup>8</sup> Per determinare l'ammontare complessivo degli interessi anatocistici corrisposti in Italia nel 2014, considerando un ammontare complessivo del credito regolato in conto corrente più basso rispetto agli anni 2007 e 2008 ed un tasso medio più alto, si può stimare che nel 2014 gli interessi anatocistici corrisposti in Italia si assestino in un ammontare complessivo pari a oltre 2 miliardi di euro (MARCELLI, *L'anatocismo e le vicissitudini della delibera cicr 9/2/00*, 5 dicembre 2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>9</sup> Il "Sostituto d'imposta" come noto, è il soggetto «obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili» (art. 64, c.1, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600).

ne fiscale del beneficiario di tali rimborsi ed al conseguente trattamento tributario delle somme percepite. Occorre preliminarmente evidenziare come la disciplina della disciplina di riferimento ponga in evidenza la differenziazione del trattamento fiscale in parola in rapporto alla circostanza che il rimborso sia ottenuto nell'ambito dell'attività d'impresa o nell'ambito della sfera patrimoniale privata. Se riferito ad un rapporto con l'istituto di credito aperto in qualità di privato (soggetto privo di partita Iva), infatti, la fattispecie della restituzione di somme a titolo di interessi passivi, pagati ma non dovuti, non fa emergere alcuna materia imponible non potendosi qualificare quale remunerazione di capitale, ma soltanto come mera conseguenza dell'applicazione di un meccanismo illegale di determinazione degli interessi (non) dovuti. In tale casi, infatti, non si ritengono applicabili le disposizioni, in tema di «Redditi di capitale», di cui all'art. 44 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (d'ora innanzi: t.u.i.r.), che qualificano quali redditi di capitale<sup>10</sup>, tra gli altri, «gli interessi e altri proventi derivanti da mutui, depositi e conti correnti» e quelle in materia di «Redditi diversi» di cui al successivo art. 67<sup>11</sup> dello stesso t.u. che, espressamente, annoverano in tale ambito anche le plusvalenze e i redditi derivanti da rimborso o dalla chiusura di rapporti produttivi di redditi di capitale. Il discorso muta ove si tratti, come anticipato, di somme che a seguito della ricostruzione operata possano essere qualificate a titolo di interessi attivi in quanto, in tali casi, le appena menzionate norme impositive, troveranno completa applicazione. Un'ulteriore notazione deve essere rivolta alle ipotesi in cui un soggetto privato sia destinatario di un rimborso afferente a interessi passivi anatocistici e/o usurari che, sebbene nella misura di legge<sup>12</sup>, abbiano comunque concorso a formare il reddito personale dello stesso nei precedenti esercizi. L'analisi sistematica delle norme contenute nell'art. 15 t.u.i.r. pone in evidenza che qualsiasi spesa sostenuta dal contribuente, e quindi anche quella di specie, per poter essere considerata detraibile ai fini del reddito della persona fisica, deve essere effettivamente rimasta a carico dello stesso, con la conseguenza che gli oneri oggetto di ripetizione, ad eccezione di talune ipotesi espressamente contemplate dalla stessa norma<sup>13</sup>, non possono essere considerati detraibili per il contribuente. Ciò determinerà, quindi, il possibile esperimento, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di azioni di recupero della parte di quegli interessi rimborsati, già eventualmente

detratti dal proprio reddito personale, ove ciò, ad evidenza, sia ancora praticabile in funzione dello spirare dei termini decadenziali per l'accertamento, senza che ciò possa mettere in discussione la descritta esclusione delle somme rimborsate dall'assoggettamento ad imposizione fiscale<sup>14</sup>. Nella diversa ipotesi di rapporto bancario riconducibile a un soggetto titolare di reddito di impresa, di contro, non vi è alcun dubbio che gli interessi passivi rimborsati rappresentino materia imponible anche se, comunque, va rilevato il carattere straordinario del rimborso in ragione del fatto che lo stesso, oltre ad avere natura imprevista, involge periodi di imposta pregressi; si è quindi in presenza di «sopravvenienze attive» così come definite dall'art. 88, c. 1, t.u.i.r., anche in quanto trattasi, secondo la lettera della norma, di «...insussistenza di spese, perdite od oneri dedotti o di passività iscritte in bilancio in precedenti esercizi». Peraltro, il carattere giudiziale che connota l'attribuzione di tali rimborsi, involge necessariamente anche la disposizione di cui al terzo comma, lett. a), dello stesso art. 88 cit., secondo cui devono essere considerate sopravvenienze attive anche: «le indennità conseguite a titolo di risarcimento, anche in forma assicurativa, di danni diversi da quelli considerati alla lettera f) del comma 1 dell'articolo 85 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 86;». Tale ultima precisazione assume rilievo nella misura in cui, in ragione di ciò, non risulta applicabile al caso di specie, la previsione di cui all'art. 88, c. 2, t.u.i.r., e, conseguentemente, la sopravvenienza conseguita risulta interamente tassabile, con le modalità<sup>15</sup> descritte allo stesso c. 3 dell'art. 88 cit., sul presupposto che la relativa posta negativa di riferimento è già stata dedotta, seppur nei limiti di cui all'art. 96 t.u.i.r.<sup>16</sup>, in precedenti esercizi di competenza. Ove si verta in presenza di somme giudizialmente (ri)qualificate a titolo di interessi attivi, è chiaro che, in applicazione del noto principio di attrazione e in base al combinato disposto delle norme di cui agli artt. 48 e 88 t.u.i.r., le stesse non possono essere considerate quali Redditi di capitale, ma debbono obbligato-

<sup>14</sup> Ciò anche in ragione del fatto che, a norma dell'art. 6, comma 2, t.u.i.r., devono essere ricondotte a tassazione le indennità corrisposte a titolo risarcitorio, sempreché le stesse abbiano una funzione sostitutiva o integrativa del reddito del percipiente; sono, in sostanza, imponibili le somme corrisposte al fine di sostituire mancati guadagni (lucro cessante) sia presenti che futuri del soggetto che le percepisce. Diversamente, non assumono rilevanza reddituale le indennità risarcitorie erogate al fine di reintegrare il patrimonio del soggetto ovvero al fine di risarcire la perdita economica subita dal patrimonio (danno emergente).

<sup>15</sup> Tali proventi, secondo la stessa disposizione, concorrono a formare il reddito nell'esercizio in cui sono stati incassati o in quote costanti nell'esercizio in cui sono stati incassati e nei successivi ma non oltre il quarto.

<sup>16</sup> La disposizione citata, come noto, impone la deducibilità degli interessi passivi per ciascun periodo di imposta, fino a concorrenza degli interessi attivi, limitando la deducibilità dell'eccedenza al 30% del risultato operativo lordo (ROL) con rinvio dell'ulteriore eccedenza ai periodi successivi.

<sup>10</sup> Cfr. comma 1, lett. a).

<sup>11</sup> Cfr. comma 1-*quater*.

<sup>12</sup> Il riferimento è alle norme di cui al primo comma, lett. a) e b), dell'art. 15 t.u.i.r. che consentono la detraibilità degli interessi passivi e dei relativi oneri accessori pagati in dipendenza di mutui agrari e immobiliari.

<sup>13</sup> È il caso delle spese sanitarie secondo i dettami di cui al comma 1, lett. c), dello stesso art. 15 cit.

riamente essere considerate come componenti attive del reddito di impresa prodotto. Per quanto concerne, infine, il reddito di lavoro autonomo, vale la pena di sottolineare come gli artt. 53 e 54 t.u.i.r. non contemplino espressamente la possibilità di valutare a tali fini le sopravvenienze attive di cui si discute; tuttavia, la circostanza che gli interessi passivi rimborsati vengono ordinariamente computati nella determinazione del reddito professionale dei precedenti esercizi, impone di ritenere che il rimborso stesso, essendo diretto a compensare una spesa che il professionista ha sostenuto per la produzione del reddito, non può non avere rilevanza reddituale allo stesso fine<sup>17</sup>. Diversamente, per quanto concerne eventuali somme attribuite in favore del medesimo e qualificate a titolo di interessi attivi, le stesse seguiranno la disciplina ordinaria dei Redditi di capitale dettata dagli artt. 44 e 45 t.u.i.r.

#### 4. (segue...) i profili fiscali che involgono la posizione dell'Istituto di credito in qualità di sostituto di imposta nelle ipotesi di rimborso di interessi attivi

Dalla ricostruzione sopra enucleata emerge chiaramente come la presenza di una sentenza passata in giudicato in una causa civile tra Banca e correntista, finalizzata alla restituzione di somme della specie indebitamente trattenute, ponga delle riflessioni anche in ordine all'applicazione delle previsioni in tema di ritenute alla fonte di cui all'art. 26 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. La norma, infatti, impone l'obbligo per coloro che corrispondono interessi, e altri proventi, in favore di titolari di conti correnti e depositi, quali sostituti di imposta, di operare e versare una somma a titolo di ritenuta fiscale, attualmente fissata nella misura del 27%<sup>18</sup>. Pertanto, ove la ricostruzione operata in via giudiziale determini l'attribuzione al correntista di somme a titolo di interessi attivi, l'Istituto di credito erogante, secondo tale previsione di legge, assume la qualifica di sostituto d'imposta. Secondo il c. 4 della stessa disposizione di legge, peraltro, la predetta ritenuta sarà a titolo di acconto o di imposta a seconda della natura del soggetto percipiente<sup>19</sup>. Emerge, inoltre, in relazione alla specifica situazione in via di disamina, come nei casi illustrati – in cui il correntista percepisce interessi attivi solo dopo molto tempo e comunque a seguito di un complesso *iter* giudiziario – sulla base della disciplina, più generale, in tema di

soggettività tributaria, questi resti comunque oggettivamente coinvolto nella problematica afferente alla mancata applicazione delle anzidette ritenute, mantenendo comunque la qualificazione di soggetto passivo d'imposta. In particolare, si rileva che il correntista, nell'ipotesi di ritenuta subita a titolo di acconto<sup>20</sup>, rimane comunque obbligato al pagamento del tributo sia nella ipotesi in cui non abbia affatto subito la ritenuta, sia quando la ritenuta, sebbene operata nella misura di legge, non sia sufficiente a coprire il totale del debito d'imposta dovuto. Ciò vale, sebbene con alcune differenze, anche quando, in base a quanto già specificato<sup>21</sup>, la ritenuta operata risulti effettuata a titolo di imposta. Dal tenore letterale dell'art. 35 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 è, infatti, possibile desumere che se il correntista/sostituito ha subito la ritenuta alla fonte, egli non può essere compulsato dall'Amministrazione finanziaria ai fini della riscossione delle somme dovute a titolo impositivo mentre, se la ritenuta è stata omessa, il correntista continua a rispondere dell'adempimento dell'obbligazione di imposta, in via di solidarietà dipendente con il sostituto<sup>22</sup>.

#### 5. Riflessioni conclusive

Come visto, la vicenda descritta risulta connotata da una moltitudine di riflessi tributari, derivanti da aspetti di natura eminentemente tecnica, peraltro, non ancora oggetto di approfondimento dalla dottrina e dalla giurisprudenza. La disamina di tali questioni, ad ogni modo, fa emergere un dato inequivocabile: quello relativo alla circostanza che la peculiarità di tali profili, unitamente al notevole lasso temporale che solitamente separa l'avvio della procedura giudiziaria tendente al riconoscimento delle somme indebitamente trattenute e la concreta attribuzione del beneficio economico stesso, determinano facilmente la creazione di «zone franche», caratterizzate dal mancato rispetto dei descritti obblighi e/o adempimenti impositivi. Il problema, ovviamente, è anche connesso al fatto che le norme dell'ordinamento processuale non contemplano l'obbligo<sup>23</sup> per il giudice civile di interpellare, in via preventiva, l'Amministrazione finanziaria che, in tale circostanza, ben potrebbe fornire specifiche determinazioni in ordine al corretto inquadramento tributario delle fattispecie, di volta in volta, riscontrate in sede giudiziale<sup>24</sup>. Nell'ordinarietà dei casi, purtroppo, tali

<sup>17</sup> In tal senso, R.M. n. 356/E del 7 dicembre 2007.

<sup>18</sup> In precedenza era il 26%.

<sup>19</sup> In particolare, dette ritenute sono applicate a titolo di acconto nei confronti di: «a) imprenditori individuali, se i titoli, i depositi e conti correnti, nonché i rapporti da cui gli interessi ed altri proventi derivano sono relativi all'impresa ai sensi dell'articolo 77 T.U.I.R.; b) società in nome collettivo, in accomandita semplice ed equiparate di cui all'articolo 5 T.U.I.R.; c) società ed enti di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 87 del medesimo testo unico e stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società e degli enti di cui alla lettera d) del predetto articolo».

<sup>20</sup> Cfr. nota n. 21.

<sup>21</sup> Cfr. nota n. 21.

<sup>22</sup> Cfr. Russo, *Manuale di diritto tributario, Parte Generale*, 2007, p. 123.

<sup>23</sup> Rimesso alla facoltà del giudicante ex art. 107 c.p.c.

<sup>24</sup> Si pensi, tanto per voler fare un esempio di come il processo civilistico risulti positivamente integrato dall'apporto tecnico dell'Amministrazione finanziaria, alle ipotesi di interazione giudice civile/Fisco che si determinano in relazione all'applicazione della disciplina sul divorzio. La Legge 1° dicembre 1970, n. 898, infatti, all'art. 5, c. 9, afferma che: «I coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la

vicende vengono quindi alla luce solamente a seguito della specifica attività di controllo svolta dai competenti Organi dell'Amministrazione finanziaria, determinando l'emissione di atti impositivi in annualità successive spesso caratterizzate, almeno dal punto di vista del correntista, dalla perdita di quelle disponibilità finanziarie che, in ipotesi di contestazione tempestiva, avrebbero verosimilmente consentito il normale assolvimento di detti oneri fiscali. Concludendo, si deve rilevare come una soluzione al problema potrebbe scaturire da una più coerente applicazione delle disposizioni normative contenute nell'art. 36 del d.P.R. n. 600 del 1973 cit., in base alle quali, come noto, anche gli Organi giurisdizionali, requirenti e giudicanti, penali, civili e amministrativi che, a causa o nell'esercizio delle loro funzioni, vengono a conoscenza di fatti, che possono configurarsi come violazioni tributarie, devono comunicarli direttamente al Comando della Guardia di Finanza territorialmente competente, fornendo la documentazione atta a provarli e a procedere alle relative contestazioni tributarie.

---

dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune. In caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso anche della polizia tributaria».

a cura di Maria Pia Nastri

Professore associato di diritto tributario, facoltà di Giurisprudenza, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli

## Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

### Esibizione dei documenti – Avviso di accertamento – Fisco – Contribuente – Poteri di indagine – Inutilizzabilità dei documenti

*In tema di accertamento fiscale, la mancata esibizione, in sede amministrativa, dei libri, della documentazione e delle scritture all'Agenzia delle Entrate, giustifica l'esercizio dei poteri di indagine ed accertamento bancario propri dell'amministrazione finanziaria, mentre la sanzione dell'inutilizzabilità della successiva produzione in sede contenziosa, prevista dall'art. 32 del DPR n. 600/1973, opera solo in presenza di un invito specifico e puntuale all'esibizione da parte dell'amministrazione finanziaria, purché accompagnato dall'avvertimento circa le conseguenze della sua mancata ottemperanza. In mancanza di tale prova, i giudici di merito potranno legittimamente tenere conto dei documenti allegati dal contribuente in fase contenziosa. Dunque, la condotta rilevante ai fini della inutilizzabilità delle prove allegate dal contribuente è individuata nel "rifiuto" opposto da quest'ultimo; si deve trattare di una condotta cosciente e volontaria volta ad impedire consapevolmente l'esibizione dei documenti richiesti, e presuppone l'esistenza e la disponibilità dei documenti in capo al contribuente.*

Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2017, n. 233, Pres. M. Iacobellis, Rel. R. G. Conti

### Imposta di registro – Conferimento d'azienda – Cessione partecipazioni – Interpretazione atti – Elusione fiscale – Non configurabilità

*La Corte si esprime sulla corretta interpretazione dell'art. 20 del d.P.R. 131/86 e sulla sua (presunta) natura antielusiva. L'art. 20 dispone l'applicazione dell'imposta di registro in base alla intrinseca natura e agli effetti giuridici dell'atto da tassare e indipendentemente dalla denominazione giuridica. L'Amministrazione finanziaria, sebbene non sia tenuta ad accogliere acriticamente la forma apparente di un atto, non può comunque superare lo schema negoziale tipico nel quale l'atto risulta inquadrabile adducendo un diverso effetto economico dello stesso. Pertanto, il conferimento d'azienda e la successiva cessione delle partecipazioni non concorrono alla formazione progressiva di un'unica fattispecie identificabile con la cessione del ramo d'azienda, come tale tassabile con imposta di registro in misura proporzionale, ma realizzano l'effetto giuridico finale costituito dall'acquisizione dei rami d'azienda nel patrimonio della società. La Corte sostiene che si tratta un'ipotesi di legittima scelta di un tipo negoziale e che l'Amministrazione, al fine di disconoscere gli effetti giuridici voluti e riqualificare l'atto ai fini della tassazione di non può limitarsi a un mero collegamento funzionale tra due atti ma deve agire ai sensi dell'art. 37-bis d.P.R. 600/73.*

Cass. civ. sez. V, 27 gennaio 2017, n. 20154, Pres. A. Spirito, Rel. C. D'Isa

### IVA – Principio di neutralità – Diritto alla detrazione – Carattere elusivo e abusivo della detrazione – Operazione antieconomica

*Il sistema comune IVA è ispirato al principio della neutralità dell'imposizione fiscale per tutte le attività economiche indipendentemente dallo scopo o dai risultati delle suddette attività, purché queste siano, in linea di principio, di per sé soggette all'IVA. La ratio della normativa è da rinvenirsi nella volontà di esonerare interamente l'imprenditore dall'IVA dovuta o pagata nell'ambito delle sue attività economiche con un meccanismo che si interrompe allorché il bene o il servizio sia reso al consumatore finale. La Corte di Cassazione, specifica, in particolare, che è irrilevante la circostanza che un'operazione economica sia effettuata ad un prezzo superiore o inferiore al prezzo normale di mercato. Il diritto alla detrazione è strettamente correlato alla sola esigibilità ed inerenza dell'acquisto del bene o servizio all'attività imprenditoriale, nessun rilievo assume, quindi, il valore dell'operazione; al fine di negare il diritto alla detrazione è necessaria la prova della frodolenzia o abusività della richiesta.*

Cass. Civ., sez. V, 3 febbraio 2017, n. 2875, Pres. F. Tirelli, Rel. L. Luciotti

### Obbligo di deposito in Commissione tributaria provinciale – Copia dell'appello – Norma processuale – Effetti irretroattivi – Tempus regit actum

*La disposizione che ha eliminato l'obbligo di depositare una copia dell'appello presso la Commissione tributaria provinciale che aveva emesso la sentenza impugnata, pur essendo norma di carattere processuale, ha effetti solamente*

dopo la sua entrata in vigore e non sana eventuali irregolarità commesse in precedenza, ancorché relative a processi ancora in corso. *Vige, in tal caso, la regola del tempus regit actum, secondo cui gli atti perfezionati prima dell'entrata in vigore di una novella in materia processuale restano regolati dalla norma sotto il cui imperio sono stati posti in essere, salvo che esista una specifica disciplina transitoria che preveda qualcosa di diverso.*

Cass. civ., sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 2276, Pres. E. Cirillo, Rel. L. Napolitano

### **Sgravio – Iscrizione ruoli straordinari – Art. 15-bis DPR n. 602/1973 – Natura cautelare – Efficacia – Impugnazione relativa cartella di pagamento – Ammissione al fallimento**

*Con la pronuncia in esame, le Sezioni Unite hanno affrontato il problema dell'efficacia dell'iscrizione nel ruolo straordinario, effettuata in caso di fondato pericolo per la riscossione, ex art. 15-bis, del DPR n. 602 del 1973, nel caso in cui intervenga una sentenza, anche se non passata in giudicato, del giudice tributario che annulla, in tutto o in parte, l'atto presupposto. La Suprema Corte ha stabilito che, in tal caso, tanto l'ente impositore quanto il giudice dinanzi al quale sia stata impugnata la relativa cartella di pagamento, hanno l'obbligo di agire in conformità alla statuizione giudiziale, adottando i consequenziali provvedimenti di sgravio e, eventualmente, di rimborso dell'eccedenza versata. All'iscrizione nei ruoli straordinari non può essere riconosciuta una capacità di resistenza all'annullamento dell'avviso di accertamento, che ne costituisce il presupposto base. L'iscrizione nei ruoli straordinari non si sottrae alle conseguenze della pronuncia giudiziale non definitiva, che incide sulla legittimità dell'atto impositivo che ne costituisce il titolo, neanche quando abbia il solo fine di consentire all'agente della riscossione l'ammissione dell'intero credito al passivo del fallimento, poiché essa non presuppone, necessariamente, la precedente iscrizione a ruolo del credito azionato, potendo viceversa essere basata anche su titoli di diverso tenore (quali, ad esempio, titoli erariali, fogli prenotati a ruolo, sentenze tributarie di rigetto dei ricorsi del contribuente).*

Cass. SS. UU., 13 gennaio 2017, n. 758, Pres. R. Rordorf, Rel. B. Virgilio

## CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

### **Art. 17 Direttiva 2003/96/CE – Tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità – Sgravi fiscali -- Incentivi relativi ai corrispettivi a copertura degli oneri generali del sistema elettrico -- Imprese a forte consumo di energia – Incentivi accordati a imprese siffatte unicamente del settore manifatturiero**

*La nozione di sgravi fiscali prevista dall'art. 17 par. 1 della direttiva 2003/96, comprende altresì gli incentivi riconosciuti dal diritto nazionale alle imprese a forte consumo di energia, quali definite dalla medesima disposizione, relativamente a corrispettivi, come quelli a copertura degli oneri generali del sistema elettrico. Tali corrispettivi costituiscono delle imposte indirette, poiché devono essere obbligatoriamente versati alla Cassa conguaglio per il settore elettrico e sono destinati a finalità di carattere generale; gli stessi gravano sul consumatore finale del bene o del servizio e sono strettamente connessi all'elettricità consumata, decrescendo in ragione dei consumi di energia. Sono, pertanto, pienamente compatibili con la previsione di uno sgravio fiscale. Inoltre, la destinazione degli sgravi fiscali sul consumo di elettricità a favore delle imprese a forte consumo di energia facenti parte di un solo settore produttivo, non è in contrasto con il dettato dell'art. 17, purché siano i livelli minimi di tassazione dell'Unione previsti dalla direttiva siano rispettati in media per ciascuna impresa.*

Corte giust., sentenza del 18 gennaio 2017, C-189/15, Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) - Fondazione Santa Lucia contro Cassa conguaglio per il settore elettrico e altri

### **IVA – Concorrenza – Pagamento di un pedaggio a un ente pubblico – Operatori privati**

*L'art. 13, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2006/112/Ce, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che un ente di diritto pubblico che esercita un'attività consistente nell'offrire accesso a una strada dietro pagamento di un pedaggio non deve essere considerato in concorrenza con gli operatori privati che riscuotono pedaggi su altre strade sulla base di un contratto con l'ente di diritto pubblico interessato in forza di disposizioni legislative nazionali. La suddetta attività non è assoggettabile all'imposta sul valore aggiunto in quanto non svolta in regime di concorrenza.*

Corte giust., sentenza del 19 gennaio 2017, C-344/15, National Roads Authority contro The Revenue Commissioners

## Diritto internazionale

L'ARTICOLO 23 DELLA DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI E I CASI "RICONOSCIUTI"  
DI FORZA MAGGIORE.

*Nota a Corte di Giustizia (Terza Sezione), 25 gennaio 2017, Causa C-640/1,  
Minister for Justice and Equality c. Tomas Vilkas* ..... 108  
di Massimiliano Cubuzio

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA ..... 122  
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli



## L'articolo 23 della decisione quadro 2002/584/GAI e i casi "riconosciuti" di forza maggiore.

*Nota a Corte di Giustizia (Terza Sezione), 25 gennaio 2017, Causa C-640/1, Minister for Justice and Equality c. Tomas Vilkas*

### abstract

*Article 23, paragraph 3, of the Framework Decision 2002/584 JHA of 13 June 2002, on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, as amended by Framework Decision 2009/299 GAI of 26 February 2009, must be interpreted as meaning that, in a situation such as that at issue in the main proceedings, the executing judicial authority and the issuing judicial authorities agree on a new delivery date under that provision if the surrender of the expiry of a period of ten days prior to a new date delivery as agreed in application of that provision, it is prevented by the resistance repeatedly opposed by the board, provided that, in exceptional circumstances, it was not possible for those authorities to provide such resistance, and it was not possible to avoid its consequences, despite the adoption of all the precautions on the part of the authorities. Article 15, paragraph 1, and article 23 be interpreted as meaning that the authorities themselves continue to be required to agree on a new delivery date in case of expiry of the deadline set by article 23.*

### keywords

*Framework Decision 2002/584 – European arrest warrant – Time limit for the surrender of the wanted – Resistance of the wanted on delivery.*

### abstract

*L'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584 GAI del Consiglio, del 13 Giugno 2002, relativa al mandato d'arresto e alle procedure di consegna tra Stati Membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299 GAI del Consiglio del 26 Febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente concordano una nuova data di consegna in forza di tale disposizione, qualora la consegna del ricercato entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione del-*

*la disposizione in parola, sia impedita dalla resistenza ripetutamente opposta dal medesimo, sempre che, a causa di circostanze eccezionali, non fosse possibile, per tali autorità, prevedere siffatta resistenza e non fosse possibile evitarne le conseguenze, malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso da parte delle stesse autorità. L'articolo 15, paragrafo 1, e l'articolo 23 devono essere interpretati nel senso che le stesse autorità continuano ad essere tenute a concordare una nuova data di consegna in caso di scadenza dei termini fissati dall'articolo 23.*

### parole chiave

*Decisione Quadro 2002/584 – Mandato d'arresto europeo – Termine per la consegna del ricercato – Resistenza del ricercato alla sua consegna.*

### Mandato d'arresto europeo – Mancata consegna – Causa di forza maggiore

*La decisione quadro n. 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, deve essere interpretata nel senso che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente debbono concordare una nuova data di consegna della persona attinta dal mandato d'arresto europeo, qualora la sua consegna, entro un termine di 10 giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione delle pertinenti disposizioni della suddetta decisione, sia impedita a causa di forza maggiore, ripetutamente opposta dal soggetto, sempre che a causa di circostanze eccezionali non fosse possibile per le autorità prevedere siffatta resistenza e non fosse possibile evitarne le conseguenze.*

*Corte giust. 25 gennaio 2017, causa C-640/15, Minister of Justice and Equality c. Tomas Vilkas*

*(omissis)*

### Procedimento principale e questioni pregiudiziali

12 Il Sig. V. è stato oggetto di due mandati europei emessi da un giudice italiano.

13 Con due ordinanze del 9 luglio 2015, la High Court (Alta Corte) ha deciso la consegna del Sig. V. alle autorità lituane, non oltre dieci giorni dalla data in cui le suddette ordinanze avrebbero acquisito efficacia, ossia non oltre il 3 agosto 2015.

14 In data 31 luglio 2015, le autorità irlandesi hanno tentato di procedere alla consegna del sig. V. alle autorità lituane mediante un volo di linea. La resistenza opposta dall'interessato ha vanificato tale primo tentativo di consegna, in quanto il pilota dell'aereo ha rifiutato la presenza del sig. V. a bordo del velivolo che operava tale volo.

15 La High Court ha quindi ordinato la consegna del sig. V. alle autorità lituane al più tardi entro 10 giorni dal 6 agosto 2015. Il 13 agosto 2015, un nuovo tentativo di consegna è fallito a causa della condotta dell'interessato.

16 Il Minister for Justice and Equality (Ministro della Giustizia e delle Pari opportunità, Irlanda) ha pertanto presentato alla High Court (Alta Corte) un'istanza per l'autorizzazione di un terzo tentativo di consegna del sig. V. alle autorità lituane, questa volta via mare e via terra. Il 14 agosto 2015, il suddetto giudice si è tuttavia dichiarato incompetente a conoscere tale istanza e ha ordinato la scarcerazione del sig. V. .

17 Il Ministro della Giustizia e delle Pari opportunità ha interposto appello avverso tale sentenza dinanzi al giudice del rinvio.

18 Alla luce di quanto sopra, la Court of Appeal (Corte d'appello, Irlanda) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) Se l'articolo 23 della decisione quadro preveda o ammetta la possibilità di concordare per più di una volta una nuova data di consegna.
- 2) In caso di risposta affermativa, se ciò sia possibile in una o in tutte le situazioni di seguiti indicate: ossia, nel caso in cui la consegna del ricercato entro il termine di cui all'articolo 23, paragrafo 2, della decisione quadro sia già stata impedita da cause di forza maggiore per uno degli Stati Membri, che hanno condotto a un accordo su una nuova data per la consegna e si sia accertato che:
  - tali cause permangono, oppure,
  - dopo essere cessate tali cause si ripresentano, oppure,
  - cessate dette cause, si sono presentate altre cause che hanno impedito o è probabile che impediscano di consegnare il ricercato entro il termine fissato in base alla suddetta nuova data di consegna.

### Sulle questioni pregiudiziali

19 Con le sue questioni, che occorre esaminare

giuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza, se l'articolo 23 della decisione quadro debba essere interpretato nel senso che esso osta a che, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente concordino una nuova data di consegna, in forza dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, qualora la resistenza opposta ripetutamente dal ricercato abbia impedito la consegna del medesimo entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione di tale disposizione.

20 A tale proposito, occorre rilevare che l'articolo 15, paragrafo 1, della decisione quadro prevede, in via generale, che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decida della consegna del ricercato nei termini e alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro.

21 Per quanto concerne, in particolare, l'ultima fase della procedura di consegna, l'articolo 23, paragrafo 1, della decisione quadro prevede che il ricercato venga consegnato al più presto, a una data concordata tra le autorità interessate.

22 Tale principio si concretizza nell'articolo 23, paragrafo 2, della decisione quadro, il quale dispone che il ricercato è consegnato al più tardi entro 10 giorni a partire dalla decisione definitiva di eseguire il mandato d'arresto europeo.

23 Il legislatore dell'Unione ha nondimeno autorizzato talune deroghe a tale regola prevedendo da un lato, che le autorità interessate concordino una nuova data di consegna in determinate situazioni definite dall'articolo 23, paragrafi 3 e 4, della decisione quadro e dall'altro, che la consegna del ricercato abbia quindi luogo entro 10 giorni successivi alla nuova data concordata.

24 Più precisamente, la prima fase dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro stabilisce che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente concordino una nuova data di consegna qualora la consegna del ricercato europeo entro il termine previsto dall'articolo 23, paragrafo 2, della decisione quadro sia impedita da cause di forza maggiore per uno degli Stati membri.

25 Risulta dunque che l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro non limiti espressamente il numero di nuove date di consegna concordabili da parte delle autorità interessate qualora la consegna del ricercato entro il termine previsto sia impedita da cause di forza maggiore.

26 Ciò posto, il giudice del rinvio rileva che l'articolo 23, paragrafo 3, prima fase, della decisione quadro si riferisce esplicitamente solo a una situazione in cui la consegna del ricercato sua immediata da cause di forza maggiore, entro un termine di cui [all'articolo 23, paragrafo 2, della decisione quadro], ossia al più tardi entro 10 giorni a partire dalla decisione definitiva di eseguire il mandato d'arresto europeo.

27 Pertanto, il giudice del rinvio si interroga sull'applicabilità della regola sancita dall'articolo 23, paragrafo 3, prima fase, della decisione quadro alle situazioni in cui il verificarsi di una causa di forza maggiore in una data posteriore alla scadenza di tale termine abbia impedito la consegna del ricercato entro un termine di dieci giorni da una prima nuova data di consegna concordata in applicazione della disposizione in parola.

28 A tale riguardo, occorre, da un lato, dichiarare che un'interpretazione letterale dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro non osta necessariamente a siffatta applicabilità.

29 Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 25 delle sue conclusioni, qualora la consegna del ricercato entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata a norma dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro sia impedita da cause di forza maggiore, la condizione relativa all'impossibilità di procedere alla consegna del medesimo entro un termine di dieci giorni dalla decisione definitiva sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo, per definizione, doveva essere soddisfatta affinché fosse fissata tale prima nuova data di consegna.

30 Dall'altro, secondo una giurisprudenza costante della Corte, ai fini dell'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (sentenze del 19 dicembre 2013, Koushkaki, C-84/12, EU:C:2013:862, punto 34, e del 16 novembre 2016, Hemming e a., C-316/15, EU:C:2016:879, punto 27).

31 sul punto va rammentato che la decisione quadro è diretta, mediante l'istituzione di un nuovo sistema semplificato e più efficace di consegna delle persone condannate o sospettate di aver violato la legge penale, a facilitare ed accelerare la cooperazione giudiziaria allo scopo di contribuire a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri (sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EU:C:2015:474, punto 28, e del 5 aprile 2016, Aranyosi e Caldaru, C404/15 e C659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 76).

32 In tale contesto, l'articolo 23 della decisione quadro mira segnatamente, al pari dei suoi articoli 15 e 17, ad accelerare la cooperazione giudiziaria imponendo termini per l'emanazione delle decisioni relative al mandato d'arresto europeo che gli Stati membri sono tenuti a rispettare (v., in tal senso, sentenze del 30 maggio 2013, F, C168/13 PPU, EU:C:2013:358, punto 58, e del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EU:C:2015:474, punti 29 e 33).

33 Orbene, considerare che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non possa beneficiare di un nuovo ter-

mine per consegnare il ricercato qualora, in pratica, la sua consegna entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata a norma dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, venga impedita da cause di forza maggiore, equivarrebbe a sottoporre detta autorità a un obbligo impossibile di adempiere e non contribuirebbe in alcun modo all'obiettivo perseguito di accelerare la cooperazione giudiziaria.

34 Peraltro, occorre interpretare l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro tenendo anche conto dell'articolo 23, paragrafo 5, della medesima.

35 Quest'ultima disposizione prevede che, alla sua scadenza dei termini di cui all'articolo 23, paragrafi da 2 a 4, della decisione quadro, se il ricercato continua a trovarsi in stato di custodia, egli sia rilasciato.

36 Ne consegue, che, ove l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro dovesse essere interpretato nel senso che la regola sancita nella sua prima fase non è applicabile qualora la consegna della persona ricercata, entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata a norma di tale disposizione, sia impedita da cause di forza maggiore, in una situazione del genere tale persona dovrebbe obbligatoriamente essere rilasciata se continua a trovarsi in stato di custodia, indipendentemente dalle circostanze del caso di specie, in quanto è scaduto il termine previsto dalla disposizione in parola.

37 Pertanto, tale interpretazione potrebbe limitare notevolmente l'efficacia delle procedure previste dalla decisione quadro, e di conseguenza, ostare alla piena realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla medesima, che consiste nel facilitare la cooperazione giudiziaria mediante l'istituzione di un sistema più efficace di consegna delle persone condannate o sospettate di aver violato la legge penale.

38 Inoltre, siffatta interpretazione potrebbe condurre al rilascio della persona ricercata in situazioni in cui la proroga della durata della custodia di quest'ultima non è riconducibile a una mancanza di diligenza dell'autorità dell'esecuzione e in cui la durata complessiva della custodia di tale persona non è eccessiva con riguardo, in particolare, all'eventuale contributo della medesima al ritardo del procedimento, alla pena cui si espone la stessa e alla sussistenza, se del caso, di un rischio di fuga (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EU:C:2015:474, punto 59).

39 Atteso quanto precede, occorre considerare che l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che le autorità interessate devono altresì concordare una nuova data di consegna, in forza di tale disposizione, qualora la consegna del ricercato, entro 10 giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione della disposizione in parola, sia impedita da cause di forza maggiore.

40 Tale conclusione, non è rimessa in discussione dall'obbligo di interpretare l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro in conformità dell'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, che prevede che ogni persona abbia diritto alla libertà e alla sicurezza (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EU:C:2015:474, punto 54).

41 Certamente, l'interpretazione dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro esposta al punto 39 della presente sentenza, comporta che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non sia necessariamente tenuta a rilasciare il ricercato ove egli continui a trovarsi in stato di custodia qualora la consegna dello stesso, entro dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione della disposizione in parola, sia impedita da cause di forza maggiore.

42 Tuttavia, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, tale interpretazione non impone il mantenimento in custodia del ricercato, posto che l'articolo 12 della decisione quadro precisa che spetta all'autorità giudiziaria dell'esecuzione decidere se lo stesso debba rimanere o meno in stato di custodia conformemente al diritto dello Stato membro dell'esecuzione e che la rimessa in libertà provvisoria è possibile in qualsiasi momento conformemente a tale diritto nazionale, a condizione che l'autorità competente di detto Stato membro adotti le misure ritenute necessarie ad evitare che il ricercato si dia alla fuga.

43 In tale contesto, qualora le autorità interessate concordino una seconda nuova data di consegna in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione potrà decidere di trattenere il ricercato in custodia, in conformità dell'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali, soltanto a condizione che il procedimento di consegna sia stato condotto con sufficiente diligenza e pertanto che la durata della custodia non risulti eccessiva. Per sincerarsi che ciò avvenga, tale autorità dovrà effettuare un esame concreto della situazione di cui trattasi, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EU:C:2015:474, punti 58 e 59).

44 Ciò premesso, occorre determinare se l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente debbano concordare una seconda nuova data di consegna in forza all'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in cui la resistenza ripetutamente opposta dal ricercato ha impedito la consegna del medesimo entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione della disposizione in parola.

45 A tale riguardo, va rilevato che sussiste una certa divergenza tra le varie versioni linguistiche dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro in merito ai

presupposti per l'applicazione della regola sancita nella prima fase di tale disposizione.

46 Infatti, mentre le versioni in lingua greca, francese, italiana, portoghese, rumena e finlandese della disposizione in parola subordinano l'applicazione di tale regola all'impossibilità di procedere alla consegna per cause di forza maggiore per uno degli stati membri interessati, altre versioni linguistiche della medesima disposizione come quella in lingua spagnola, ceca, danese, tedesca, greca, inglese, neerlandese, polacca, slovacca e svedese, si riferiscono piuttosto a un'impossibilità di procedere alla consegna a causa di circostanze che sfuggono al controllo degli Stati membri interessati.

47 Orbene, l'esigenza di un'interpretazione uniforme di una disposizione del diritto dell'Unione esclude che, in caso di dubbio, il testo di una disposizione sia considerato isolatamente ma richiede, al contrario, che sia interpretato in base alla reale volontà del suo autore e allo scopo da questi perseguito, alla luce segnatamente di tutte le versioni linguistiche (v., in tal senso, sentenze del 20 novembre 2001, Jany e a., C268/99, EU:C: 2001:616, punto 47, e del 19 settembre 2013, van Buggenhout e van de Mierop, C251/12, EU:C:2013:566, punti 26 e 27).

48 In tale prospettiva, va sottolineato che i termini impiegati all'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro traggono origine dall'articolo 11, paragrafo 3, della convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione.

49 Se le versioni in lingua inglese e svedese di quest'ultima disposizione si riferivano a circostanze che sfuggono al controllo degli Stati membri interessati, occorre necessariamente constatare che le versioni in lingua spagnola, danese, tedesca, greca, francese, italiana, neerlandese, portoghese e finlandese della disposizione in parola, dal canto loro, si riferivano al verificarsi di una causa di forza maggiore.

50 Del pari, dalla redazione esplicativa relativa alla citata convenzione, nelle sue diverse versioni linguistiche, emerge che l'espressione usata all'articolo 11, paragrafo 3, della medesima convenzione, deve essere interpretata restrittivamente, nel senso che si riferisce a una situazione imprevedibile e inevitabile. Tale precisazione tende ad indicare che le parti contraenti della convenzione di cui trattasi, in definitiva, intendevano riferirsi alla nozione di forza maggiore quale abitualmente intesa, il che viene confermato dall'elenco degli esempi menzionati nella summenzionata relazione esplicativa.

51 Inoltre, nelle sue diverse versioni linguistiche, l'esposizione della motivazione della proposta della Commissione [COM (2001) 522 definitivo], che ha condotto all'adozione della decisione quadro, rinvia alla convenzione relativa alla procedura di estradizione semplificata e riporta i chiarimenti contenuti nella suddetta relazione esplicativa, menzionati al punto

precedente della presente sentenza. La versione in lingua spagnola, danese, tedesca, inglese, neerlandese e svedese di tale esposizione della motivazione si riferiscono persino esplicitamente al concetto di forza maggiore per precisare la portata della nozione di circostanze che sfuggono al controllo degli Stati membri interessati.

52 I vari elementi sopra citati contribuiscono a dimostrare che l'impiego, in determinate versioni linguistiche, di quest'ultima nozione non indica che il legislatore dell'Unione abbia inteso a rendere applicabile la regola sancita dall'articolo 23, paragrafo 3, prima fase, della decisione quadro a situazioni diverse da quelle in cui la consegna del ricercato è impedita da cause di forza maggiore per uno degli Stati membri.

53 Orbene, da una giurisprudenza costante, pronunciata in vari settori del diritto dell'Unione, emerge che la nozione di forza maggiore va intesa nel senso di circostanze estranee a colui che l'invoca, anormali e imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso (v., in tal senso, sentenze del 18 dicembre 2007, *Société Pipeline Méditerranée ed Rhone*, C314/06 EU:C:2007:817, punto 23; del 18 marzo 2010, *SGS Belgium e a.*, C218/09, EU:C:210:152, punto 44, e del 18 luglio 2013, *Eurofit*, C99/12, EU:C:2013:847, punto 31).

54 Tuttavia, è parimenti di giurisprudenza costante che, non avendo la nozione di forza maggiore il medesimo contenuto nei diversi settori d'applicazione del diritto dell'Unione, il suo significato deve essere determinato in funzione del contesto giuridico nel quale è destinata a produrre i suoi effetti (sentenze del 18 dicembre 2007, *Société Pipeline Méditerranée ed Rhone*, C314/06, EU:C:2007:817, punto 25; del 18 marzo 2010, *SGS Belgium e a.*, C218/09, EU:C:2010:152, punto 45, e del 18 luglio 2013, *Eurofit*, C 99/12, EU:C:2013, punto 32).

55 Pertanto, per quanto riguarda la nozione di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, occorre tenere conto del sistema generale e della finalità della decisione quadro al fine di interpretare e di applicare gli elementi costitutivi della forza maggiore quali risultano dalla giurisprudenza della Corte (v., per analogia, sentenza del 18 dicembre 2007, *Société Pipeline Méditerranée et Rhone*, C314/06, EU:C:2007:817, punto 26).

56 A tal riguardo, va ricordato che l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro costituisce una deroga alla regola sancita dall'articolo 23, paragrafo 2, della medesima decisione. Di conseguenza, la nozione di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, deve essere interpretata restrittivamente (v., per analogia, sentenze del 14 giugno 2012, *CIVAD*, C533/10, EU:C:2012:347, punti 24 e 25, nonché del 18 luglio 2013, *Eurofit*, C99/12, EU:C:2013:487, punto 37).

57 Inoltre, va sottolineato che dal tenore letterale dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro risulta che il verificarsi di una causa di forza maggiore può giustificare la proroga del termine di consegna della persona ricercata solo nei limiti in cui take causa di forza maggiore implichi che la consegna della medesima entro il termine previsto venga impedita. La mera circostanza che la consegna di detta persona sia resa semplicemente più difficile non può dunque giustificare l'applicazione della regola sancita nella prima fase di tale disposizione.

58 In tale contesto, risulta di certo che la resistenza alla propria consegna, in linea di principio, non può essere qualificato come circostanza imprevedibile.

59 Per contro, il fatto che taluni ricercati oppongono resistenza alla propria consegna, in linea di principio, non può essere qualificato come circostanza imprevedibile.

60 A fortiori, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in cui il ricercato si è già opposto a un primo tentativo di consegna, il fatto che quest'ultimo si opponga a un secondo tentativo di consegna, di norma, non può essere considerato imprevedibile. Lo stesso vale d'altronde, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 71 delle sue conclusioni, per il rifiuto del pilota di un aeromobile di consentire l'imbarco di un passeggero dal comportamento violento.

61 Quanto alla condizione secondo cui una circostanza può essere riconosciuta come forza maggiore solo nell'ipotesi in cui le conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso, va rilevato che le autorità interessate dispongono di mezzi, che nella maggior parte dei casi, consentono loro di superare la resistenza opposta da un ricercato.

62 Pertanto, non può escludersi che, per far fronte alla resistenza opposta dalla persona ricercata, tali autorità facciano ricorso a determinate misure coercitive, alle condizioni previste dal diritto nazionale e nel rispetto dei diritti fondamentali di tale persona.

63 In via generale, è altresì possibile prevedere il ricorso a mezzi di trasporto, il cui utilizzo non possa essere effettivamente impedito dalla resistenza del ricercato. Dalla decisione di rinvio emerge d'altronde che una soluzione del genere è stata infine proposta dalle autorità interessate nel procedimento penale.

64 Ciò posto, non può essere del tutto escluso che, a causa di circostanze eccezionali, risulti oggettivamente che la resistenza opposta dal ricercato alla sua consegna non potesse essere prevista dalle autorità interessate e che le conseguenze della medesima sulla sua consegna non potessero essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso da parte delle stesse autorità. In tale ipotesi, troverebbero applicazione la regola sancita dall'articolo 23, paragrafo 3, prima fase della decisione quadro.

65 Spetta dunque al giudice del rinvio verificare la sussistenza di siffatte circostanze sia stata dimostrata nel procedimento principale.

66 Peraltro, vista la possibilità che il giudice del rinvio concluda che la resistenza reiterata, opposta dal ricercato nel procedimento principale, non può essere qualificata come causa di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, occorre determinare se tale conclusione comporti che l'autorità dell'esecuzione e l'autorità emittente non sono più tenute a convenire una nuova data di consegna, a causa della scadenza dei termini fissati dall'articolo 23 della decisione quadro.

67 Sebbene l'articolo 15, paragrafo 1, della decisione quadro preveda chiaramente che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decida entro i termini definiti nella decisione quadro della consegna del ricercato, il tenore letterale di tale disposizione non è sufficiente per determinare se l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo debba essere proseguito dopo la scadenza dei suddetti termini e in particolare, se l'autorità giudiziaria dell'esecuzione sia tenuta a procedere alla consegna dopo la scadenza dei termini fissati all'articolo 23 della decisione quadro e se debba, a tal fine concordare una nuova data di consegna con l'autorità giudiziaria emittente (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EC:C:2015:474, punto 34).

68 A tal riguardo, va rilevato che da una giurisprudenza costante della Corte emerge che il principio del riconoscimento reciproco, il quale costituisce la pietra angolare, della cooperazione giudiziaria, implica, a norme dell'articolo 1, paragrafo 2, della decisione quadro, che gli Stati membri sono tenuti, in linea di principio, a dar corso ad un mandato d'arresto europeo (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EC:C:2015:474, punto 36).

69 Di conseguenza, stante, da un lato, la centralità dell'obbligo di eseguire il mandato d'arresto europeo nel sistema istituito dalla decisione quadro e dall'altro, l'assenza in detta decisione di qualsivoglia indicazione esplicita di un limite di validità temporale di tale obbligo, la regola stabilita dall'articolo 15, paragrafo 1, della decisione quadro non può essere interpretata nel senso che, dopo la scadenza dei termini di cui all'articolo 23 della decisione quadro, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non può più concordare una nuova data di consegna con l'autorità giudiziaria emittente né nel senso che lo Stato membro dell'esecuzione non è più tenuto a proseguire il procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EC:C:2015:474, punto 37).

70 D'altronde, occorre constatare che, sebbene il legislatore dell'Unione abbia espressamente precisato, all'articolo 23, paragrafo 5, della decisione quadro, che la scadenza dei termini di cui all'articolo 23, paragrafi da 2 a 4 della medesima, implicava il rilascio del

ricercato qualora il medesimo continuasse a trovarsi in stato di custodia, esso non ha conferito alcun altro effetto alla scadenza di tali termini e in particolare, non ha previsto che la stessa precludesse alle autorità interessate la possibilità di concordare una data di consegna in applicazione dell'articolo 23m paragrafo 1, della decisione quadro o che esentasse lo Stato membro dell'esecuzione dall'obbligo di dare corso a un mandato d'arresto europeo (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EC:C:2015:474, punto 38).

71 Inoltre, un'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, e dell'articolo 23 della decisione quadro secondo cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non dovrebbe più procedere alla consegna del ricercato né convenire, a tal fine, una nuova data di consegna con l'autorità giudiziaria emittente dopo la scadenza dei termini di cui all'articolo 23 della decisione quadro potrebbe pregiudicare l'obiettivo di accelerazione e di semplificazione della cooperazione giudiziaria perseguito dalla decisione quadro, giacché tale interpretazione potrebbe in particolare costringere lo Stato membro emittente a emettere un secondo mandato d'arresto europeo allo scopo di consentire lo svolgimento di una nuova procedura di consegna entro i termini previsti dalla decisione quadro (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EC:C:2015:474, punto 40).

72 Dai rilievi che precedono emerge che la mera scadenza dei termini fissati dall'articolo 23 della decisione quadro non può sottrarre lo Stato membro dell'esecuzione al suo obbligo di proseguire il procedimento di esecuzione di un mandato d'arresto europeo e di procedere alla consegna del ricercato e le autorità interessate devono concordare, a tal fine, una nuova data di consegna (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EC:C:2015:474, punto 42).

73 Ciò nonostante, in una situazione del genere, dall'articolo 23, paragrafo 5, della decisione quadro discende che, a causa della scadenza dei termini fissati dal suddetto articolo, il ricercato deve essere rilasciato qualora continui a trovarsi in uno stato di custodia.

74 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni poste dichiarando quanto segue:

- L'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente concordano una nuova data di consegna in forza di tale disposizione, qualora la consegna del ricercato entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione della disposizione in parola, sia impedita dalla resistenza ripetutamente opposta dal medesimo, sempre che,

a causa di circostanze eccezionali, non fosse possibile, per tali autorità, prevedere siffatta resistenza e non fosse possibile evitarne le conseguenze, malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso da parte delle stesse autorità, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.

- L'articolo 15, paragrafo 1, e l'articolo 23 della decisione quadro devono essere interpretati nel senso che le stesse autorità continuano ad essere tenute a concordare una nuova data di consegna in caso di scadenza dei termini fissati dall'articolo 23.

### Sulle spese

75 Nei confronti delle parti del procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

\*\*\*Nota a sentenza

### sommario

Premessa. – **1.** Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia. – **2.** La posizione dell'avvocato generale. – **3.** La disciplina del Mandato d'arresto europeo: Il concetto di causa di forza maggiore. – **4.** L'orientamento giurisprudenziale.

### Premessa

La sentenza della Corte di Giustizia che si annota, resa a seguito di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, rileva per un aspetto fondamentale della politica europea, ossia quella del mandato d'arresto europeo.

Il caso all'origine della sentenza *Minister for justice and Equality c. Tomas Vilkas*<sup>1</sup> offre alla Corte di giustizia l'ennesima occasione per fornire all'operatore del diritto di precisare la corretta interpretazione della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio<sup>2</sup>, del 13

<sup>1</sup> Corte giust. 25 gennaio 2017, causa C-640/15, *Tomas Vilkas*, ECLI:EU:C:217:39.

<sup>2</sup> Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in GUUE L 190 del 18 luglio 2002, pp. 1-20. Cfr. L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, London, 2015; A. DI STASI, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mandato di arresto europeo e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in A. BARBERA, A. LOJODICE, M. SCUDIERO, P. STANZIONE (a cura di), *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, Catanzaro, 2010, pp. 109-145; ID., *Tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea e mandato di arresto europeo: osservazioni sull'art.2 della legge n. 69/2005*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, pp. 1009-1044; L. KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005. Sul MAE cfr., inoltre, E. HERLIN-KARNELL, *From Mutual Trust to the Full Effectiveness of EU Law: 10 Years of the European Arrest Warrant*, in *Eur. Law Rev.*, 2013, n. 1, pp. 79-91; A. DI STASI, *Libertà e sicurezza nello spazio giudiziario europeo: mandato di arresto e*

giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009<sup>3</sup>. Più nel dettaglio con la sentenza del 25 gennaio 2017 i giudici di Lussemburgo si sono soffermati sull'espressione "termine della consegna" di cui all'articolo 23 della citata decisione quadro.

In particolare, secondo la Corte, un'interpretazione della decisione in questione secondo cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non dovrebbe più procedere alla consegna del ricercato né convenire, a tal fine, una nuova data di consegna con l'autorità giudiziaria emittente dopo la scadenza dei termini fissati dalla stessa decisione, potrebbe pregiudicare l'obiettivo, perseguito da quest'ultima, di accelerazione e di semplificazione della cooperazione giudiziaria. Ne deriva che la mera scadenza dei termini previsti non può sottrarre lo Stato membro dell'esecuzione al suo obbligo di proseguire il procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo e di procedere alla consegna del ricercato, e le autorità interessate devono in effetti concordare, a tal fine, una nuova data di consegna.

### 1. Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia

Per una migliore comprensione della sentenza in esame si rende necessario una disamina del contesto normativo e fattuale, non solo europeo ma anche nazionale, al fine di comprendere al giusto le ragioni della decisione della Corte.

Il sig. Tomas Vilkas è stato destinatario di due mandati d'arresto europei emessi da un giudice lituano. Le autorità irlandesi hanno tentato di procedere alla consegna del sig. Vilkas alle autorità lituane mediante un volo di linea. Il sig. Vilkas è stato però escluso dal volo a causa della resistenza da lui opposta. Due settimane dopo, un secondo tentativo di consegna, sempre mediante un volo di linea, è fallito in seguito a una serie di eventi analoghi. Il Ministro irlandese della Giustizia e delle Pari opportunità ha pertanto presentato alla *High Court* (Alta Corte d'Irlanda) un'istanza per l'autorizzazione di un terzo tentativo di consegna del sig. Vilkas. Detto giudice si è tuttavia dichiarato incompetente e ha ordinato la scarcerazione del sig. Vilkas. Il Ministro della Giustizia e delle Pari opportunità ha interposto appello avverso tale provvedimento dinanzi alla *Court of Appeal* (Corte d'appello d'Irlanda). In tale contesto, la *Court of Appeal* chiede alla Corte di giustizia se il diritto dell'Unione consenta

"statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea, in *Dir. com. sc. int.*, 2007, n. 4, pp. 657-694.

<sup>3</sup> Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in GUUE L 81 del 27 marzo 2009, pp. 24-36.

alle autorità di concordare per più di una volta, in seguito al verificarsi di una causa di forza maggiore, una nuova data di consegna e, eventualmente, in quali circostanze. Anzitutto, la Corte ricorda che, a norma del diritto dell'Unione, il ricercato viene consegnato al più tardi entro dieci giorni dalla decisione definitiva sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo. Tale regola è tuttavia soggetta a talune deroghe. È quindi previsto che, se la consegna del ricercato entro il termine fissato è impedita da cause di forza maggiore per uno degli Stati membri coinvolti, le autorità giudiziarie possono concordare una nuova data di consegna. Basandosi segnatamente sugli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione, la Corte conclude che il diritto dell'Unione non limita espressamente il numero di nuove date di consegna e consente di fissare una nuova data di consegna laddove la consegna non sia stata condotta a buon fine oltre dieci giorni dopo la decisione definitiva sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo. La Corte esamina, poi, se l'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione (nella specie, le autorità irlandesi) e l'autorità giudiziaria emittente (nella specie, le autorità lituane) debbano concordare una terza data di consegna qualora la resistenza ripetutamente opposta dal ricercato ne abbia impedito due volte la consegna. In primo luogo, la Corte dichiara che il legislatore dell'Unione intendeva riferirsi alla nozione di forza maggiore intesa nel senso di circostanze anormali, imprevedibili ed estranee a colui che le invoca, e le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso. In secondo luogo, la Corte sottolinea che la nozione di forza maggiore dev'essere interpretata restrittivamente. Infatti, una causa di forza maggiore può giustificare la proroga del termine di consegna del ricercato solo nei limiti in cui la consegna entro il termine previsto venga «impedita»; la circostanza che la consegna sia resa più difficile non può dunque giustificare l'applicazione della regola. La Corte conclude che, in tale contesto, la resistenza opposta da un ricercato alla propria consegna può essere validamente considerata una circostanza estranea e anormale. Per contro, tale situazione, in linea di principio, non può essere qualificata come circostanza imprevedibile. A maggior ragione, in una situazione in cui il ricercato si sia già opposto a un primo tentativo di consegna, il fatto che egli si opponga anche a un secondo tentativo di consegna, di norma, non può essere considerato imprevedibile. La Corte evidenzia che le autorità statali dispongono di mezzi che, nella maggior parte dei casi, consentono loro di superare la resistenza opposta dal ricercato. È altresì possibile attendersi il ricorso a mezzi di trasporto il cui utilizzo non possa essere efficacemente impedito dalla resistenza opposta dal ricercato. La Corte ritiene tuttavia ipotizzabile che, a causa di circostanze eccezionali, la resistenza opposta dal ricercato alla sua consegna possa essere oggettivamente imprevedibile per le autorità interessate e che le

conseguenze di tale resistenza sulla consegna non possano essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso da parte delle stesse autorità. La Corte conclude che spetta al giudice del rinvio verificare se la sussistenza di siffatte circostanze sia stata dimostrata nella presente causa. Peraltro, considerata l'eventualità che la *Court of Appeal* non qualifichi come causa di forza maggiore la resistenza reiterata opposta dal Sig. Vilkas, la Corte precisa che il diritto dell'Unione non può essere interpretato nel senso che, dopo la scadenza dei termini fissati, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non possa più concordare una nuova data di consegna con l'autorità giudiziaria emittente né nel senso che lo Stato membro dell'esecuzione non sia più tenuto a proseguire il procedimento di esecuzione.

## 2. La posizione dell'avvocato generale

L'avvocato generale Michal Bobek con le sue conclusioni del 27 ottobre 2016, esordisce con un'analogia paragonando la vicenda del Sig. Tomas Vilkas con una scena del Film del 1988 con Robert De Niro "*Prima di Mezzanotte*", dove interpretava un cacciatore di taglie<sup>4</sup>. Tale analogia è dovuta all'allontanamento dal volo per atti di violenza. Precisamente, il Sig. Tomas Vilkas si trovava in Irlanda e la Corte Irlandese agendo quale autorità giudiziaria dell'esecuzione emetteva due ordinanze che erano state adottate in esecuzione di due mandati d'arresto europei emanati da un giudice lituano, autorità giudiziaria emittente. L'Autorità centrale Irlandese (*Minister for Justice and Equality*) in base all'articolo 16 della legge sul mandato d'arresto europeo del 2003<sup>5</sup> che recepisce l'articolo 23 della decisione quadro era tenuta a consegnare il Sig. Tomas Vilkas allo stato emittente (Lituania) non oltre dieci giorni dopo la data in cui le ordinanze acquisivano efficacia. Il primo tentativo, che avvenne via aereo, ecco l'analogia con la scena del film precedentemente citata, fallì. Successivamente, ci furono ulteriori due tentativi e quindi furono fissate due date, un tentativo venne fatto nuovamente via aereo e un altro venne fatto via mare e poi vi terra, ma entrambi fallirono. A Questo punto si decise di fissare un'ulteriore data per la consegna ma un mese prima di tale data l'Alta Corte sulla base dell'articolo 16, paragrafo 3 e 5A, dell'*European Arrest Warrant Act 2003* si dichiarò non competente sulla pronuncia di richiesta fissazione data e a questo punto il Sig. Tomas Vilkas venne rilasciato.

L'Avvocato generale pone la sua attenzione su due questioni fondamentali. La prima questione è inerente

<sup>4</sup> Precisamente un cacciatore di taglie incaricato di riportare a Los Angeles un ex contabile della mafia libero su cauzione. Dopo averlo preso in custodia a New York, essi salgono su un volo commerciale. Tuttavia, prima del decollo, il contabile diviene agitato e violento e il pilota chiede loro di lasciare l'aereo. I due sono così obbligati a fare un lungo viaggio alternativo attraverso il paese sino a Los Angeles.

<sup>5</sup> *European Arrest Warrant Act 2003*.

sulla possibilità di concordare per più di una volta una nuova data di consegna, vero nodo cruciale di questa pronuncia. Secondo il Sig. Tomas Vilkas l'articolo 23 impedisce che sia fissata per più di una volta una nuova data di consegna ma in realtà, secondo l'avvocato generale ciò risulta del tutto infondato e privo di riscontro. Infatti, occorre sottolineare che la formulazione dell'articolo 23 della decisione quadro non limita in nessun modo il numero di tentativi di consegna<sup>6</sup>. Quindi nulla impedisce di compiere più di un tentativo di consegna nei termini massimi previsti nei paragrafi da 2 a 4. In secondo luogo, l'avvocato generale non condivide la posizione del Tomas Vilkas inerente al termine «di dieci giorni a partire dalla decisione definitiva di eseguire il mandato d'arresto», espresso al paragrafo 2 dell'articolo 23. Infatti, secondo il convenuto, l'articolo 23 paragrafo 3<sup>7</sup> permetterebbe di fissare solo una nuova data di consegna. In realtà tale opinione non è condivisibile, così come ha osservato anche la Commissione e il governo polacco, infatti ci possono essere diverse interpretazioni<sup>8</sup>. Per esempio, secondo la Commissione, il termine di cui al paragrafo 2, può essere interpretato nel senso che essa si riferisce alla durata di tale periodo: dieci giorni. Tale approccio sostenuto dal governo irlandese, implica che dopo che si sono verificati eventi di forza maggiore, la nuova data di consegna concordata farebbe decorrere un nuovo periodo di 10 giorni. Secondo l'avvocato generale, il riferimento contenuto nell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, al termine di cui al paragrafo 2, dovrebbe essere interpretato in conformità all'approccio generale dell'articolo 23, quindi può essere ammessa la possibilità di concordare per più di una volta una nuova data di consegna. Tutta via è evidente che una siffatta interpretazione incide sulla possibilità di mantenere il ricercato in stato di detenzione. La protratta applicazione dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro impedisce l'attivazione dell'articolo 23, paragrafo 5, che impone il rilascio del ricercato ove si trovi in stato di custodia. Inoltre come osservato correttamente dalla Commissione in udienza e contrariamente a quanto affermato dai governi francesi e lituani, l'obbligo di rilasciare il ricercato ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 5, consiste in un rilascio effettivo e incondizionato, contrapposto alla rimessa di libertà provvisoria ai sensi dell'articolo 12 della decisione quadro. Di conseguenza, l'obbligo derivante dall'articolo 12 della decisione quadro di adottare le misure necessarie per evitare che il ricer-

cato si dia alla fuga non può continuare ad esistere sulla base del solo mandato d'arresto europeo. Tuttavia nell'applicare l'articolo 23, paragrafo 3, gli Stati membri devono rispettare due tipi di limiti: in primo luogo, quelli interni alla decisione quadro, in secondo luogo quelli esterni ad essa e che traggono origine dal diritto fondamentale alla libertà e alla sicurezza sancito dall'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>9</sup>. Secondo l'avvocato generale, l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che consente di concordare per più di una volta una nuova data per la consegna. In caso di reiterata applicazione dell'articolo 23, paragrafo 3, il ricercato può essere mantenuto in stato di custodia in conformità dell'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo soltanto se la procedura di consegna soddisfa l'obbligo di necessaria diligenza. La seconda questione analizzata dall'Avvocato generale, che si fonda su risposta affermativa data alla prima questione, è diretta a stabilire le circostanze in presenza delle quali è possibile concordare per più di una volta, una nuova data di consegna ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 3. Il Giudice del rinvio indica diverse possibilità: «Quando le cause di forza maggiore permangono, oppure quando, dopo essere cessate, dette cause si sono ripresentate, oppure quando si sono presentate altre cause che hanno impedito o è probabile che impediscono di consegnare il ricercato entro il termine richiesto». Il vero nodo cruciale della questione, secondo l'avvocato generale, è il concetto di causa di forza maggiore, infatti nelle sue conclusioni l'avvocato generale tenta di dare una definizione e cerca di valutare se la condotta tenuta in essere dal Sig. Tomas Vilkas può essere considerata come tale. La formulazione dell'articolo 23, paragrafo 3, diverge nelle varie versioni linguistiche della decisione quadro. In inglese e nella maggior parte delle pronunce si fa riferimento a: «Circostanze che sfuggono al controllo di uno degli stati membri»<sup>10</sup>, altre invece fanno riferimento al concetto di «forza maggiore»<sup>11</sup>. In realtà, secondo l'avvocato generale i due concetti si equivalgono. Secondo la corte, quando si fa riferimento alla nozione di cause di forza maggiore, bisogna analizzare il contesto, che può essere di tipo oggettivo e soggettivo. Oggettivo, quando si fa riferimento alla natura delle circostanze, ossia circostanze di tipo anomali, invece soggettivo, quando si fa riferimento all'obbligo di premunirsi contro le conseguenze dell'evento naturale. La condotta del ricercato può essere considerata come causa di forza

<sup>6</sup> Il testo dell'articolo 23 si riferisce soltanto ai limiti di tempo per l'effettiva consegna.

<sup>7</sup> Nel caso in cui la consegna del ricercato entro il termine di cui al paragrafo 2 sia impedita da cause di forza maggiore per uno degli Stati membri, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente si contattano immediatamente e concordano una nuova data per la consegna. In tal caso la consegna avviene entro i dieci giorni successivi alla nuova data concordata.

<sup>8</sup> Interpretazioni sistematiche e teleologiche.

<sup>9</sup> Gli Stati membri sono tenuti a rispettare il diritto alla libertà e alla sicurezza sancito nell'articolo 6 della Carta.

<sup>10</sup> Denominate anche: «*Circumstances beyond the control of any of the Member States*».

<sup>11</sup> Ad esempio nella Corte giust. 18 luglio 2013, causa C-99/12, *Eurofit*, ECLI:EU:C:2013:487, ci si riferisce a circostanze indipendenti dall'operatore, anomali e imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate nonostante l'uso della massima diligenza.

maggiore, se imprevedibile e fuori dal controllo degli Stati membri che la deducono. La condotta aggressiva al momento della consegna può quindi essere considerata come un evento imprevisto ed estraneo solo se gli elementi di fatto a disposizione delle autorità non lasciavano in alcun modo presagire che potesse verificarsi una siffatta situazione. Alla luce dell'analisi precedente secondo l'avvocato generale il concetto di forza maggiore rientra nell'esame dell'articolo 23, paragrafo 3, ma bisogna capire se si fa riferimento anche a condotte aggressive. Secondo la Commissione e i governi Irlandese e del Regno Unito ritengono che siffatte cause di forza maggiore sussistono in tutte e tre situazioni elencate dal giudice del rinvio, ossia se si è in presenza di causa di forza maggiore persistente, ricorrente o nuova. Secondo il parere dell'avvocato generale tutte e tre le ipotesi possono comportare nuove cause di forza maggiore e quindi la decisione spetta ai giudici nazionali. In definitiva l'avvocato generale conclude affermando che: «L'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che esso ammette la possibilità di concordare per più di una volta una nuova data per la consegna solo se le cause nuove o ricorrenti che hanno impedito la consegna configurano esse stesse una nuova ipotesi di forza maggiore» Quindi in presenza di cause di forza maggiore nuove o ricorrenti per uno degli Stati membri, da interpretarsi in maniera restrittiva è possibile fissare una nuova data di consegna ai sensi dell'articolo 23 paragrafo 3 della decisione quadro per più di una volta. Tale possibilità è però soggetta a chiari limiti, sia interni e esterni. Dal punto di vista interno, devono sussistere effettive cause di forza maggiore per gli Stati membri e non soltanto a situazioni imputabili alla mancanza di preparazione degli Stati membri o alla loro convivenza. In mancanza, si applica l'articolo 23, paragrafo 5 e perciò il ricercato va rilasciato. Dal punto di vista esterno, in caso di reiterato ricorso all'articolo 23, paragrafo 3, la lunghezza e le condizioni di custodia sono soggette alla Carta interpretata alla luce della CEDU.

### 3. La disciplina del Mandato d'arresto europeo: Il concetto di causa di forza maggiore

Introdotta con la decisione quadro 2002/584 dal Consiglio dell'Unione Europea, e attuata in Italia con l. 69/2005, il mandato di cattura europeo è un provvedimento giudiziario emesso da uno Stato membro dell'UE per consentire l'arresto e la consegna da parte di altro Stato membro di un soggetto ricercato per l'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena ovvero di una misura di sicurezza.

La finalità perseguita è quella di garantire agli Stati membri dell'UE una rapida e agevole procedura di consegna dei ricercati. Il mandato di cattura europeo può essere disposto in caso di condanna per fatti puniti dalla legge dello Stato membro emittente con una pena o con una misura di sicurezza privative della li-

bertà non inferiore a 12 mesi ovvero in caso di condanna o a una misura di sicurezza non inferiore a 4 mesi. L'efficacia della decisione giudiziaria è subordinata alla condizione che i fatti per cui è stato emesso il provvedimento costituiscano reato ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione, a prescindere dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso. Non soggiacciono a tale condizione i reati indicati dall'art. 2, par. 2 della citata decisione quadro. La procedura di consegna si suddivide in tre fasi: nella prima si ha la comunicazione del provvedimento da parte dell'autorità emittente all'autorità di esecuzione; nella seconda fase, relativa all'attuazione, l'autorità ricevente può dare esecuzione al mandato, ovvero rifiutarsi nelle ipotesi previste dagli art. 3 e 4 della decisione quadro; nell'ultima fase l'autorità giudiziaria deve decidere in merito alla consegna dell'arrestato, dopo che questi in modo irrevocabile vi abbia o meno prestato il consenso. Nel caso in cui il ricercato non presti il consenso alla consegna, ha diritto di essere condotto innanzi all'autorità giudiziaria dell'esecuzione e interpellato nel rispetto delle norme del diritto interno di tale Stato membro. La norma di riferimento, è l'articolo 23 (Consegna della persona – Sospensione della consegna) della direttiva in questione. Nel caso in esame, la Corte di giustizia è chiamata, quindi, a precisare il significato dell'articolo 23 della più volte menzionata decisione quadro che, rubricato "termine per la consegna", così dispone ai primi 2 paragrafi: «1. Il ricercato è consegnato al più presto, a una data concordata tra le autorità interessate. 2. Egli è consegnato al più tardi entro dieci giorni a partire dalla decisione definitiva di eseguire il mandato d'arresto europeo.».

Tale regola generale subisce, tuttavia, le eccezioni previste dai successivi paragrafi dello stesso articolo; la prima eccezione, cristallizzata dal terzo paragrafo, concerne la presenza di "cause di forza maggiore" che ostacolano la consegna del ricercato entro il termine di cui al paragrafo 2. In tali ipotesi, «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente si contattano immediatamente e concordano una nuova data per la consegna. In tal caso, la consegna avviene entro i dieci giorni successivi alla nuova data concordata»<sup>12</sup>. Tuttavia, la disposizione del terzo paragrafo non prevede alcun limite espresso circa il numero di date concordabili tra le due autorità interessate. Ora, poiché il terzo paragrafo dell'articolo 23 si riferisce esplicitamente solo ad una situazione in cui la consegna del ricercato sia impedita da cause di forza maggiore,

<sup>12</sup> Ai sensi del paragrafo 4: «La consegna può, a titolo eccezionale, essere temporaneamente differita per gravi motivi umanitari, ad esempio se vi sono valide ragioni di ritenere che essa metterebbe manifestamente in pericolo la vita o la salute del ricercato. Il mandato d'arresto europeo viene eseguito non appena tali motivi cessano di sussistere. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione ne informa immediatamente l'autorità giudiziaria emittente e concorda una nuova data per la consegna. In tal caso, la consegna avviene entro i dieci giorni successivi alla nuova data concordata.».

entro il termine di cui al paragrafo 2, il giudice del rinvio si interroga circa l'applicabilità del terzo paragrafo alle situazioni in cui il verificarsi di una causa di forza maggiore in una data posteriore alla scadenza di tale termine abbia impedito la consegna del ricercato entro un termine di dieci giorni da una prima nuova data di consegna concordata in applicazione della disposizione in parola.

Orbene, come si legge al punto 33 della sentenza in commento: «considerare che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non possa beneficiare di un nuovo termine per consegnare il ricercato qualora, in pratica, la sua consegna entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata a norma dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, venga impedita da cause di forza maggiore, equivarrebbe a sottoporre detta autorità a un obbligo impossibile da adempiere e non contribuirebbe in alcun modo all'obiettivo perseguito di accelerare la cooperazione giudiziaria». Inoltre, il paragrafo 3 deve essere letto in combinato disposto con il paragrafo 5 dello stesso articolo 23, ai sensi del quale se: «allo scadere dei termini previsti ai paragrafi da 2 a 4, (...) la persona continua a trovarsi in stato di custodia, essa è rilasciata». Secondo i giudici di Lussemburgo: «ove l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro dovesse essere interpretato nel senso che la regola sancita nella sua prima frase non è applicabile qualora la consegna della persona ricercata, entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata a norma di tale disposizione, sia impedita da cause di forza maggiore, in una situazione del genere tale persona dovrebbe obbligatoriamente essere rilasciata se continua a trovarsi in stato di custodia, indipendentemente dalle circostanze del caso di specie, in quanto è scaduto il termine previsto dalla disposizione in parola» (punto 36). Tale interpretazione potrebbe, ancora una volta, pregiudicare la cooperazione giudiziaria in materia penale e, al contempo, «condurre al rilascio della persona ricercata in situazioni in cui la proroga della durata della custodia di quest'ultima non è riconducibile a una mancanza di diligenza dell'autorità dell'esecuzione e in cui la durata complessiva della custodia di tale persona non è eccessiva con riguardo, in particolare, all'eventuale contributo della medesima al ritardo del procedimento, alla pena cui si espone la stessa e alla sussistenza, se del caso, di un rischio di fuga» (punto 38). Ciò detto, la Corte di Lussemburgo ritiene che l'articolo 23, paragrafo 3, deve essere interpretato nel senso che le autorità interessate devono concordare una nuova data di consegna, in forza di tale disposizione, qualora la consegna del ricercato, entro i dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione della disposizione in parola, sia impedita da cause di forza maggiore (v. punto 39 della sentenza). In tal caso l'autorità giudiziaria dell'esecuzione – previa valutazione case by

case – potrà decidere di trattenere il ricercato in custodia, soltanto a condizione che il procedimento di consegna sia stato condotto con sufficiente diligenza e che la durata della custodia non risulti eccessiva. E ciò conformemente all'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali, che sancisce, com'è noto, il diritto di ogni persona alla libertà e alla sicurezza.

Se la resistenza ripetutamente opposta dal ricercato ha impedito la consegna del medesimo entro il termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente possono concordare una seconda nuova data di consegna in forza dell'articolo 23, paragrafo 3?

Per rispondere al quesito, la Corte di giustizia si sofferma sulle differenti “varianti” terminologiche del terzo paragrafo dell'articolo 23 della decisione quadro, mentre le versioni in lingua greca, francese, italiana, portoghese, rumena e finlandese fanno riferimento a “cause di forza maggiore” ai fini dell'applicazione della disposizione, viceversa, le versioni in lingua spagnola, ceca, danese, tedesca, greca, inglese, neerlandese, polacca, slovacca e svedese, si riferiscono a un'impossibilità di procedere alla consegna a causa di “circostanze che sfuggono al controllo” degli Stati membri interessati. I termini impiegati da tale disposizione, secondo la Corte di giustizia, traggono origine dall'articolo 11, paragrafo 3, della Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione che, come emerge dalla relazione esplicativa alla stessa, si riferiscono ad una situazione imprevedibile ed inevitabile e, quindi, ad un caso di forza maggiore. Ne discende, quindi, che la regola sancita dall'articolo 23, paragrafo 3, non trova applicazione per situazioni diverse da quelle in cui la consegna del ricercato sia impedita da cause di forza maggiore. Tale nozione, per giurisprudenza costante, deve essere intesa nel senso di «circostanze estranee a colui che l'invoca, anormali e imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso (v., in tal senso, sentenze del 18 dicembre 2007, *Société Pipeliner Méditerranée et Rhône*, C-314/06, EU:C:2007:817, punto 23; del 18 marzo 2010, *SGS Belgium e a.*, C-218/09, EU:C:2010:152, punto 44, e del 18 luglio 2013, *Eurofit*, C-99/12, EU:C:2013:487, punto 31)» (punto 53).

Tuttavia, tale nozione deve essere rapportata alla ratio dell'art. 23, par. 3, della decisione quadro sul mandato di arresto europeo, che costituisce un'eccezione all'applicazione della regola generale sancita dal primo paragrafo: pertanto, la nozione di forza maggiore deve essere interpretata restrittivamente. Peraltro, occorre sottolineare che il verificarsi di una causa di forza maggiore può giustificare la proroga del termine di consegna solo nei limiti in cui essa implichi che la consegna del ricercato entro il termine previsto venga impedita. La mera circostanza che la consegna

sia resa semplicemente più difficile non può, dunque, giustificare l'applicazione della regola sancita nella prima frase di tale disposizione. La resistenza opposta da un ricercato alla propria consegna può essere considerata una circostanza estranea alle autorità interessate e anormale; tuttavia, in linea di principio, essa non può essere qualificata come circostanza imprevedibile: a maggior ragione nel caso di specie, ove il ricercato si era già opposto a un primo tentativo di consegna. Per far fronte alla resistenza opposta dalla persona ricercata, le autorità interessate possono ricorrere a determinate misure coercitive, alle condizioni previste dal diritto nazionale e nel rispetto dei diritti fondamentali di tale persona.

Ciò posto, non può essere del tutto escluso che, a causa di circostanze eccezionali, risulti oggettivamente che la resistenza opposta dal ricercato alla sua consegna non potesse essere prevista dalle autorità interessate e che le conseguenze della medesima sulla consegna non potessero essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso da parte delle stesse autorità. In tale ipotesi, troverebbe applicazione la regola sancita dall'articolo 23, paragrafo 3, prima frase, della decisione quadro. Spetta dunque al giudice del rinvio verificare se la sussistenza di siffatte circostanze sia stata dimostrata nel procedimento principale. Peraltro, vista la possibilità che il giudice del rinvio concluda che la resistenza reiterata, opposta dal ricercato nel procedimento principale, non possa essere qualificata come «causa di forza maggiore» ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro, occorre determinare se tale conclusione comporti che l'autorità dell'esecuzione e l'autorità emittente non siano più tenute a convenire una nuova data di consegna, a causa della scadenza dei termini fissati dall'articolo 23 della decisione quadro. Ora, la regola stabilita dall'articolo 15, paragrafo 1, della decisione quadro – ai sensi del quale l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decide della consegna del ricercato entro i termini definiti nella decisione quadro – non può essere interpretata nel senso che, dopo la scadenza dei termini di cui all'articolo 23, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non possa più concordare una nuova data di consegna con l'autorità giudiziaria emittente né nel senso che lo Stato membro dell'esecuzione non sia più tenuto a proseguire il procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

D'altra parte, il legislatore dell'Unione non ha previsto che la scadenza dei termini precludesse alle autorità interessate la possibilità di concordare una data di consegna in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 1, della decisione quadro o che esentasse lo Stato membro dell'esecuzione dall'obbligo di eseguire un mandato d'arresto europeo. In caso contrario si pregiudicherebbe l'obiettivo di accelerazione e di semplificazione della cooperazione giudiziaria perseguito dalla decisione quadro, giacché tale interpretazione potrebbe

costringere lo Stato membro emittente a emettere un secondo mandato d'arresto europeo allo scopo di consentire lo svolgimento di una nuova procedura di consegna entro i termini previsti dalla decisione quadro.

#### 4. L'orientamento giurisprudenziale

In quest'ultimo anno, la giurisprudenza delle corti europee e nazionali sul mandato d'arresto europeo ha visto succedersi alcune tappe significative. Si ricorderanno i primi rinvii pregiudiziali sollevati rispettivamente dal Tribunale costituzionale spagnolo (ATC 86/2001) e dal *Conseil Constitutionnel* Francese (2013 – 314 QPC), ai quali hanno fatto seguito due decisioni della Corte di Giustizia, non del tutto assimilabili nei risultati e nei percorsi interpretativi. Ad esempio, con la sentenza Melloni, sul rinvio pregiudiziale spagnolo, la CGUE aveva infatti sostanzialmente disconosciuto le istanze volte ad affermare un'articolazione complessa e non gerarchica della protezione dei diritti fondamentali negli assetti costituzionali europei, istanze avanzate sulla base della clausola orizzontale di cui all'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>13</sup>. Con la sentenza Forrest, sul rinvio pregiudiziale francese, la Corte aveva bensì ricondotto all'attuazione nazionale della decisione quadro una violazione del diritto alle garanzie processuali, ma nell'argomentazione era stata maggiormente attenta alle ragioni dei diritti fondamentali, applicando le clausole di equivalenza piuttosto che il solo principio del primato<sup>14</sup>. Dopo le due pronunce della CGUE, si sono conclusi i rispettivi giudizi costituzionali. Più lineare è stata la decisione del *Conseil*, che ha dichiarato l'illegittimità dell'assenza del ricorso, prevista dalla norma interna, nel caso di estensione del MAE a fattispecie diverse. Più articolata è apparsa quella del Tribunale costituzionale spagnolo, che ha visibilmente preso le distanze dalla motivazione della CGUE, ricollegandosi alla dottrina dei contro limiti formulata nella precedente dichiarazione DTC 1/2004, pur ridimensionando le proprie posizioni sulla violazione indiretta dei diritti fondamentali, con riferimento specifico alle condanne *in absentia*<sup>15</sup>. Bisogna sottolineare che prima di decidere sulla consegna di un condannato, le autorità nazionali italiane, chiamate all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, sono tenute a verificare se, nel singolo caso ci sono rischi di trattamenti disumani e degradanti provocati dal regime carcerario del paese di emissione<sup>16</sup>.

Ulteriori due recenti in tema sono le sentenze della Corte di giustizia, Aranyosi e Caldaru entrambi del

<sup>13</sup> Vedasi, Corte giust. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

<sup>14</sup> Corte giust. 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *Jeremy c. Premier Ministre*, ECLI:EU:C:2013:358.

<sup>15</sup> STC 26/2014.

<sup>16</sup> Conclusione giunta dalla Cass. pen., 31 ottobre 2016 n. 45757, *in pluris* – *cedam.utetgiuridica.it*.

5 Aprile 2016<sup>17</sup>. Con la sentenza del 5 aprile 2016, la Grande camera della Corte di Giustizia afferma per la prima volta, che prima di consegnare una persona in esecuzione di un mandato d'arresto europeo, lo Stato d'esecuzione deve accertarsi che le condizioni di detenzione nello Stato emittente siano conformi all'art. 4 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sancisce il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti, e al corrispondente art. 3 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo. Con queste pronunce, la corte afferma che l'esecuzione del MAE può essere subordinata all'accertamento in ordine al rispetto dei diritti fondamentali della persona oggetto di consegna da parte dello Stato emittente. Va tuttavia evidenziato che la Corte insiste sulla individualizzazione del rischio, la presenza di deficienze sistematiche nel sistema penitenziario di uno Stato Membro non basta di per sé a legittimare una deroga all'ordinario svolgimento della procedura del mandato d'arresto europeo, occorrendo che nel caso concreto la persona, se consegnata, rischi di essere sottoposta a condizioni di detenzione equiparabili ad un trattamento inumano o degradante. La portata della pronuncia parrebbe inoltre essere attenuata dalla natura essenzialmente procedimentale del principio affermato dalla Corte. La constatazione del rischio di violazione dei diritti fondamentali attiva in prima battuta un obbligo di consultazione tra le due autorità giudiziarie coinvolte. Tuttavia, se tale scambio di informazioni non consente di escludere l'esistenza di un rischio individuale, la principale conseguenza non è l'abbandono immediato dell'esecuzione del mandato, bensì del rinvio. La Corte, ammette la possibilità di un rifiuto del mandando laddove l'esistenza del rischio non possa essere esclusa o superata *dans un delai raisonnable*. In tal caso, peraltro, rimarrebbe aperta la questione relativa alla compatibilità del rifiuto con l'obbligo di leale cooperazione.

Un'altra pronuncia, forse la più importante e quella del 16 luglio 2015, nella causa C-237/15 PPU, *Lanigan*<sup>18</sup>, dove la Corte di giustizia si è pronunciata sul rinvio della *High Court of Ireland* sull'interpretazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra Stati membri, facendo

applicazione al procedimento pregiudiziale d'urgenza, denominato anche PPU. Con il rinvio pregiudiziale, il Giudice Irlandese ha in sostanza chiesto alla Corte di Lussemburgo di interpretare l'articolo 17 della decisione in questione, che fissa termini stringenti per l'esecuzione del MAE<sup>19</sup>. La Corte di Giustizia, considerata l'assenza di indicazioni contrarie nella decisione quadro e la finalità che essa persegue, ovvero quella di accelerare e semplificare i procedimenti di consegna di condannati, statuisce nel senso dell'obbligo per le autorità nazionali competenti di proseguire il procedimento di esecuzione del mandato anche dopo la scadenza dei termini fissati dall'art. 17 senza che questa imponga il rilascio della persona detenuta ai fini della consegna. Tuttavia, secondo la Corte, l'operatività del meccanismo in parola deve pregiudicare il rispetto dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali, in particolare il diritto della libertà e alla sicurezza, previsto dall'articolo 6. Ciò implica che la custodia di una persona in circostanze come quella di specie non può oltrepassare una durata ragionevole. E al fine di verificare la custodia del consegnando non sia eccessiva e possa, al contrario, considerarsi giustificata anche alla luce dell'articolo 52, parte 1, della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la Corte indica al giudice a quo una serie di elementi da prendere in esame. Qualora il giudice a quo procedesse alla liberazione del consegnando, secondo la Corte, egli dovrebbe disporre, ad ogni modo, ogni misura necessaria ad evitare che questi si dia alla fuga, assicurando il permanere delle condizioni sostanziali necessarie alla sua effettiva consegna, sinché non sarà adotta una decisione definitiva alla consegna.

In ultimo, ma non per ultimo, con tre decisioni<sup>20</sup> recenti del novembre 2016, la Corte dell'Unione Europea è tornata, nuovamente, a interpretare la decisione quadro n. 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo, chiarendo cosa si debba intendere per "autorità giudiziaria" ai fini dell'emissione di un mandato d'arresto. Sebbene, conformemente al principio di autonomia processuale degli Stati membri, l'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro n. 2002/584/GAI faccia riferimento al diritto interno al fine di individuare l'autorità giudiziaria emittente a giudizio della Corte: «tale rinvio si limita alla designazione dell'autorità giudiziaria competente a emettere il mandato d'arresto europeo», non riguardano la definizione della nozione di autorità giudiziaria, in quanto tale. Il senso e la portata della nozione di autorità giudiziaria non possono infatti essere lasciati alla discrezionalità dei singoli Stati membri, ma richiedono

<sup>17</sup> Corte giust. 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Calderaru*, ECLI:EU:C:2016:198.

<sup>18</sup> Nel dicembre 2012, le autorità giudiziarie britanniche avevano emesso un MAE nei confronti del signor Lanigan, nell'ambito di un procedimento penale avviato nel Regno Unito per omicidio e possesso di arma da fuoco. Nel gennaio 2013, il signor Lanigan è stato arrestato dalle autorità irlandesi, ma non ha acconsentito alla consegna alle autorità britanniche ed è stato detenuto in Irlanda in attesa di una decisione sulla consegna. A causa di plurimi rinvii, l'esame della situazione del signor Lanigan da parte della High Court Irlandese ha avuto inizio solo nel 2014 ed è proseguito sino al dicembre dello stesso anno, in conseguenza dello spirare dei termini previsti dalla decisione quadro per l'adozione della decisione sul MAE.

<sup>19</sup> 60 giorni dall'arresto, con possibilità di proroga di altri 30 giorni.

<sup>20</sup> Corte giust. 10 novembre 2016, causa C-453/16 PPU, *Holil Ibrahim Ozcelik*, ECLI:EU:C:2016:860; Corte giust. 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, *Ruslanas Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861.

un'interpretazione autonoma e uniforme<sup>21</sup>. Nell'indicare i criteri che debbano essere presi in considerazione in tal senso, la Corte fa riferimento al principio della separazione dei poteri, che caratterizza necessariamente il funzionamento di uno Stato di diritto e in base al quale il potere giudiziario deve essere distinto dal potere esecutivo. In particolare, seppure l'espressione autorità giudiziaria impiegata dalla decisione quadro non si limiti a designare i soli giudici, o organi giurisdizionali di uno Stato membro, ma consenta di comprendere, più in generale, le autorità chiamate a partecipare all'amministrazione della giustizia nell'ordinamento giuridico in questione, come ad esempio il pubblico ministero<sup>22</sup>, allo stesso tempo, essa non può essere interpretata nel senso che consentirebbe di comprendere anche un organo del potere esecutivo di uno Stato membro, quale ministero o un autorità di polizia<sup>23</sup>.

Le autorità incaricate di dare esecuzione ad un mandato d'arresto europeo, nei casi di forza maggiore riconosciuta, devono fissare una terza data di consegna qualora i primi due tentativi siano falliti per la resistenza opposta dal ricercato. Da qui forse, deriva la pronuncia della Corte di giustizia sul caso in esame. Tutto ciò è previsto, di fatti, nella sentenza della Corte di giustizia Ue, nella decisione per Tomas Vilkas, destinatario di due mandati d'arresto europei emessi da un giudice lituano. Le autorità irlandesi hanno tentato di procedere due volte alla consegna di Vilkas alle autorità di Vilnius mediante voli di linea, entrambe falliti.

Il ministro irlandese della Giustizia ha pertanto presentato all'Alta Corte d'Irlanda un'istanza per l'autorizzazione di un terzo tentativo di consegna di Vilkas. Ma il giudice si è dichiarato incompetente ed ha ordinato la scarcerazione dell'uomo. Il ministro ha interposto appello avverso tale provvedimento dinanzi alla Corte d'appello d'Irlanda.

In tale contesto, la Corte d'Appello aveva chiesto alla Corte di giustizia europea se il diritto dell'Unione consenta alle autorità di concordare per più di una volta, in seguito al verificarsi di una causa di forza maggiore, una nuova data di consegna e in quali circostanze. Dalle considerazioni che precedono emerge che la "mera scadenza" dei termini fissati dall'articolo 23 della decisione quadro non può sottrarre lo Stato membro dell'esecuzione al suo obbligo di proseguire il procedimento di esecuzione di un mandato d'arresto europeo e di procedere alla consegna del ricercato e, a tal fine, le autorità interessate devono concordare una nuova data di consegna.

Tuttavia, in una situazione del genere, a causa della scadenza dei termini fissati dall'articolo 23, paragrafo 5, della decisione quadro, il ricercato deve essere rilasciato qualora continui a trovarsi in stato di custodia. Per tali motivi la corte è giunta alla decisione che l'articolo 23, paragrafo 3, della decisione quadro in questione, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente concordano una nuova data di consegna in forza di tale disposizione, qualora la consegna del ricercato entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione della disposizione in parola, sia impedita dalla resistenza ripetutamente opposta dal medesimo, sempre che, a causa di circostanze eccezionali, non fosse possibile, per tali autorità, prevedere siffatta resistenza e non fosse possibile evitarne le conseguenze, malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso da parte delle stesse autorità.

In buona sostanza, la decisione della Corte di giustizia appare pienamente condivisibile in quanto perfettamente in linea con la disciplina dell'articolo 23 della decisione quadro. Infatti, tale pronuncia fa perno sul convincimento che, un soggetto, in questo caso Tomas Vilkas, considerato altamente pericoloso per aver compiuto una serie di reati, non può essere scagionato perché si rifiuti o perché impedisce la consegna. L'obiettivo della Corte è quello di rendere giustizia e nel caso in esame la giustizia prevede la consegna e la cattura del Tomas Vilks. Il vero problema, e ciò è stato riscontrato e costatato anche nelle conclusioni dell'avvocato generale, e cioè l'interpretazione che si vuole dare all'articolo 23 della decisione quadro 2002/584/GAI. Di fatti, a tratti l'articolo 23 risulta molto vago e generale e questo crea uno stato di confusione e distoglie l'attenzione dal vero obiettivo e senso di questa norma. L'articolo 23, in nessun modo prevede dei limiti sulla consegna del ricercato, anzi la disciplina prevede che pure in casi di forza maggiore, bisogna fissare un'ulteriore data per tentare in qualsiasi modo la consegna del soggetto ricercato. Certo è che non possono essere compiuti "mille" tentativi, ma è per vero che nessuno vieta e pone un limite. In questi casi, si sarebbe dovuto trovare una soluzione più rapida ed efficace di consegna. Ad esempio, la "tentata" consegna del Tomas Vilkas è avvenuta per ben due volte via aereo, forse al primo tentativo fallito si sarebbe potuto immaginare una differente soluzione, magari un'alternativa come quella in realtà era stata ipotizzata per il terzo tentativo (via nave), sebbene anch'essa naufragata per la dichiarazione di incompetenza a seguito di una ordinanza da parte del giudice della *High Court* (Alta Corte d'Irlanda). Può in definitiva, concludersi che l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia relativamente all'art.23 risulta essere puramente testuale e basata su principi giurisprudenziali già consolidati.

<sup>21</sup> Corte giust. 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, *Ruslanas Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861.

<sup>22</sup> Corte giust. 10 novembre 2016, causa C-453/16 PPU, *Holil Ibrahim Ozcelik*, ECLI:EU:C:2016:860.

<sup>23</sup> Corte giust. 10 novembre 2016, causa C-452/16 PPU, *Krzysztof Marek Poltorak*, ECLI:EU:C:2016:858.

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 dell'Unione europea

### DIRITTO INTERNAZIONALE

#### Violazione dell'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Il diritto alla libertà di espressione – Sanzioni punitive – Diffamazione a mezzo stampa –Risarcimento danni

*Le limitazioni alla libertà di espressione devono essere interpretate in modo restrittivo senza distaccarsi troppo dai parametri imposti dalla dall'articolo 10 della Convenzione che devono essere valutati nel loro insieme.*

Corte E.D.U., ricorso n. 31566/13 *Case of Taraves de Almeida Fernandes and Almeida Fernandes v. Portugal*, sentenza del 17 Gennaio 2017

Un editoriale dal titolo emblematico “la strategia del ragno”, con la descrizione del giudice neo-eletto alla Presidenza della Corte suprema portoghese come persona simbolo del corporativismo, conservatore, manipolatore, in grado di tessere una rete per scalare il potere e “simbolo del lato oscuro del sistema giudiziario”. In pratica un esemplare “di ciò che è sbagliato nel sistema giudiziario portoghese”.

Le parole molto severe, scritte da un giornalista che per la Corte europea dei diritti dell'uomo non giustificano, però, in alcun modo il risarcimento danni imposto dai giudici nazionali portoghesi al giornalista citato in giudizio, in sede civile, per diffamazione.

E questo anche perché l'importo imposto per il risarcimento è stato sproporzionato. Con l'attuale sentenza la Corte di Strasburgo procede, così, nella sua opera di protezione della libertà di stampa e non esita a condannare il Portogallo per violazione dell'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che assicura la libertà di espressione.

Un giornalista di un quotidiano nazionale aveva scritto un editoriale nel quale criticava aspramente il neo Presidente della Corte suprema, eletto il giorno prima, classificandolo come simbolo del lato oscuro del sistema giudiziario. Il giudice lo aveva querelato in sede civile con una richiesta di 150mila euro. Il Tribunale e la Corte di appello avevano accolto l'istanza ritenendo il giornalista responsabile per diffamazione perché l'articolo era un attacco al giudice e lo avevano così condannato a versare la somma di 60mila euro (in base al diritto portoghese anche la moglie, in comunione legale, era tenuta al risarcimento). Così, il reporter ha fatto ricorso alla Corte europea che gli ha dato ragione. La Corte di Strasburgo riconosce che il giornalista ha usato un linguaggio aspro, ma è diritto del cronista ricorrere a un certo grado di esagerazione e provocazione. La vicenda al centro dell'articolo, poi, era di interesse pubblico e l'art. 10, in questi casi, lascia poco spazio a restrizioni al diritto della stampa di informare. L'articolo – osserva la Corte – riguardava un ambito «nel quale le limitazioni alla libertà di espressione devono essere interpretate in modo restrittivo». Non solo. Lo scritto al centro dell'azione giudiziaria concerneva un giudice e, quindi, un individuo che è sottoposto a critiche più ampie rispetto al cittadino comune. Certo, scrive la Corte, c'è da proteggere la fiducia verso la giustizia rispetto ad attacchi distruttivi ma, nel caso di specie, le critiche non erano legate all'attività professionale del giudice, ma alla rete politica che il Presidente si era costruito. Il giornalista poi ha espresso un giudizio di valore con una base fattuale sufficiente raccogliendo informazioni non solo da fonti la cui identità era confidenziale, ma anche da colleghi del giudice.

Tra l'altro, i tribunali nazionali, nel dichiarare la responsabilità per diffamazione del giornalista, si sono distaccati dai parametri imposti dalla Corte europea perché non hanno valutato l'articolo nel suo insieme, estraendolo, invece, singole frasi, e non hanno considerato che faceva parte dello stile del giornalista, ugualmente protetto dall'art. 10 della Convenzione, l'uso delle metafore. Chiaro, quindi, il giudizio negativo sull'operato

dei giudici nazionali che non hanno applicato i criteri stabiliti dalla Corte europea nelle tante sentenze sulla libertà di stampa.

La Corte contesta l'operato dei tribunali nazionali anche per l'importo imposto, come risarcimento, al giornalista, pari a 60mila euro. Una cifra estremamente alta che mostra un chiaro intento punitivo. A ciò si aggiunge che l'articolo non aveva avuto alcun impatto sul futuro professionale del Presidente della Corte Suprema, ma i giudici nazionali hanno agito come se ciò si fosse verificato, aumentando l'importo della sanzione. La Corte europea non ha liquidato alcuna cifra per i danni non patrimoniali al giornalista solo perché quest'ultimo non li aveva richiesti.

In relazione ai danni patrimoniali, la Corte non ha concesso un indennizzo al giornalista unicamente perché era stato l'editore a versare i 60mila euro. Sono stati, invece, liquidati 9400 euro per le spese processuali.

### Maternità surrogata – Legge 40/2004 – Violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo diritto al rispetto della vita privata – Interesse superiore del minore – Trascrizione atto di nascita – Accordi Transnazionali

*La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sancisce la conformità alla Convenzione della misura con la quale le autorità nazionali hanno deciso l'allontanamento del bambino dai genitori che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero, affermando la conformità di provvedimenti che, in via di fatto, negano il riconoscimento del legame genitoriale con il figlio nato dalla tecnica dell'utero in affitto all'estero.*

Corte E.D.U., ricorso n. 25358, *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy*, sentenza del 24 gennaio 2017

La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza Paradiso e Campanelli depositata il 24 gennaio, dà ragione all'Italia e sancisce la conformità alla Convenzione della misura con la quale le autorità nazionali hanno deciso l'allontanamento del bambino dai genitori che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero. Strasburgo ha ribaltato il giudizio della Camera (che, invece, aveva condannato l'Italia) e ha affermato la conformità di provvedimenti che, in via di fatto, negano il riconoscimento del legame genitoriale con il figlio nato dalla tecnica dell'utero in affitto all'estero, vietata in Italia dalla legge n. 40/2004.

A rivolgersi alla Corte una coppia di cittadini italiani che, dopo aver provato varie volte ad avere un figlio e dopo una lunga attesa per l'adozione, aveva deciso di ricorrere alla maternità surrogata in Russia, Paese nel quale quella pratica è ammessa. Il neonato era stato registrato a Mosca come figlio della coppia, ma i due ricorrenti, rientrati in patria, non erano riusciti ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita nell'ufficio di stato civile anche perché il consolato italiano aveva segnalato la presenza di alcuni dati falsi nel fascicolo e questo aveva determinato l'apertura di un procedimento penale per alterazione dello stato civile. Era stata avviata, dopo l'allontanamento del bimbo, anche la procedura di adozione. Dopo diverse azioni sul piano interno, la coppia si è rivolta alla Corte di Strasburgo.

La Camera aveva dato ragione ai coniugi, ma la Grande Camera ha ribaltato il giudizio e ha escluso la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea che assicura il diritto al rispetto della vita privata.

Prima di tutto, Strasburgo ha tenuto a precisare che al centro del ricorso non è la trascrizione dell'atto di nascita ma la misura di allontanamento del minore. Ed invero, se è indiscutibile che la coppia aveva stretto legami familiari con il bimbo nel momento immediatamente successivo alla nascita è anche vero che il rapporto era stato di breve durata (circa 8 mesi). Non solo. La coppia e il bimbo non avevano legami biologici ed era evidente l'incertezza del vincolo sotto il profilo giuridico. Di qui la conclusione della Grande Camera secondo la quale non sussistono le condizioni per configurare un diritto alla vita familiare. È vero che conta la qualità dei rapporti e non la quantità, ma la durata è un elemento rilevante che deve essere preso in considerazione. Così, la vicenda è stata esaminata solo con riguardo al diritto al rispetto della vita privata. Incontestabile l'ingerenza in tale diritto nel momento in cui le autorità nazionali hanno deciso di allontanare il bimbo. Detto questo, però, la Corte ritiene che l'ingerenza era necessaria in una società democratica, proporzionale e frutto di un'attenta valutazione dei diversi interessi in gioco. L'ingerenza, infatti, era prevista dalla legge che vieta la maternità surrogata e le autorità nazionali hanno preso una decisione solo dopo aver accertato che il bimbo non avrebbe sofferto un danno irreparabile. D'altra parte – osserva Strasburgo – gli Stati hanno una competenza esclusiva nel riconoscere i legami tra genitori e figli sotto il profilo giuridico, con la possibilità di scegliere di tutelare il vincolo solo nel caso di legami biologici o di adozione.

È vero che l'allontanamento e la dichiarazione di stato di abbandono del minore hanno avuto un impatto sui ricorrenti, ma le autorità italiane hanno giustamente messo in primo piano il bambino, escludendo danni irreparabili a seguito dell'allontanamento. Inoltre, lasciare il bambino con i due ricorrenti avrebbe comportato la legalizzazione di una situazione in contrasto con regole di rilievo nell'ordinamento italiano. Raggiunto così un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco ed esclusa la violazione della Convenzione.

### Violazione dell'art. 3 – Trattamenti disumani e degradanti e dell'articolo 14 sul divieto di ogni forma di discriminazione, ricorda la gravità della piaga della violenza contro le donne in Italia. violazione dell'articolo 2 che tutela il diritto alla vita, dell'articolo 3, che vieta i trattamenti disumani e degradanti e dell'articolo 14 che vieta ogni forma di discriminazione

*Se gli Stati non intervengono con misure effettive e immediate a tutela delle donne vittime di violenza domestica è certa la violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*

Corte E.D.U., ricorso n. 41237/14, *Affaire Talpis c. Italie*, sentenza del 2 marzo 2017

Con la sentenza del 2 marzo 2017 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha inflitto una dura condanna all'Italia, accertando una violazione dell'art. 2 che tutela il diritto alla vita, dell'art. 3, che vieta i trattamenti disumani e degradanti e dell'art. 14 che vieta ogni forma di discriminazione.

A rivolgersi a Strasburgo, una donna che nel corso degli anni era stata vittima della violenza del marito. A settembre 2012 la donna aveva presentato una denuncia per violenza e chiesto un intervento delle autorità ma, successivamente, aveva attenuato le accuse. L'anno dopo, nuova denuncia, con una lite tra la donna e l'uomo culminata con l'uccisione del figlio, che aveva cercato di difendere la madre, da parte del marito. Quest'ultimo era stato condannato all'ergastolo, in un procedimento con rito abbreviato, dal giudice dell'udienza preliminare di Udine, condanna confermata in appello. Per la Corte europea, che ha per la prima volta condannato l'Italia per un caso di violenza domestica, dopo "l'assoluzione" nel caso Rumor (sentenza del 27 maggio 2014), le autorità nazionali non hanno fornito un adeguato supporto alla vittima di violenza domestica, costringendo la ricorrente a vivere in una situazione di grande insicurezza e vulnerabilità fisica e psichica. Non solo. L'inerzia delle autorità nazionali ha determinato una situazione di impunità che ha lasciato spazio alla violenza del marito. Evidente così il mancato rispetto dell'art. 2 che impone agli Stati obblighi positivi e, quindi, l'adozione di misure necessarie alla protezione degli individui sottoposti alla propria giurisdizione e che, invece, nel caso di specie, non erano state adottate.

La Corte, inoltre, accertata la violazione dell'art. 3 che vieta i trattamenti disumani e degradanti e dell'art. 14 sul divieto di ogni forma di discriminazione, ricorda la gravità della piaga della violenza contro le donne in Italia. Basti pensare – osserva Strasburgo – al rapporto del Comitato Onu per l'eliminazione delle discriminazioni verso le donne, istituito con il 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), con il quale è stato chiesto al Governo di «attuare misure complete per affrontare la violenza contro le donne» e un'adeguata protezione a coloro che subiscono violenza, oltre a garantire l'accesso al gratuito patrocinio e a forme di riparazione per le vittime. La Corte, analizzando diversi atti di organismi internazionali, ha posto l'accento sulla gravità e sull'ampiezza del fenomeno drammatico della violenza domestica nei confronti delle donne, aggravata «da un'attitudine socioculturale di tolleranza» che continua a persistere. Accertate le gravi violazioni della Convenzione da parte dell'Italia, i giudici hanno concesso alla donna 30mila euro per i danni morali subiti e 10mila per le spese sostenute.

### Misura di prevenzione della sorveglianza speciale – Articolo 5 della Convenzione europea sul diritto alla libertà personale – Violazione dell'articolo 2 del Protocollo n. 4 sulla libertà di circolazione – Libertà personale

*Le misure di prevenzione personale vanno applicate solo se è garantita la prevedibilità attraverso l'individuazione di condizioni di attuazione e di parametri chiari, per limitare un'eccessiva discrezionalità nell'applicazione.*

Corte E.D.U., ricorso n. 43395/09, *Case of De Tommaso c. Italia*, sentenza del 23 febbraio 2017

È stata la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo a stabilirlo con la sentenza di parziale condanna a seguito di un ricorso un cittadino italiano colpito per due anni da una misura di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e obbligo di soggiorno secondo la legge n. 1423/1956, poi abrogata dal Dlgs n. 159/2011. Per il massimo organo giurisdizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo la misura di prevenzione della sorveglianza speciale imposta al ricorrente non era equiparabile a una privazione della libertà personale, con la conseguenza che non è stato violato l'art. 5 della Convenzione europea sul diritto alla libertà personale, ma l'art. 2 del Protocollo n. 4 sulla libertà di circolazione. È vero – scrive la Grande Camera – che le misure avevano un fondamento nella legge, ma la loro applicazione era legata a un apprezzamento in prospettiva dei tribunali nazionali tanto più che la stessa Corte costituzionale non ha identificato con certezza la nozione di "elementi di fatto" o i comportamenti specifici da classificare come indice di pericolosità sociale.

In questo modo, non è stato rispettato il requisito della prevedibilità sia con riferimento ai destinatari delle misure di prevenzione, sia per le condizioni richieste. Quello che non convince la Corte è l'applicazione di misure preventive senza che gli individui possano sapere con chiarezza quali comportamenti, ritenuti pericolosi

per società, possono far scattare l'applicazione dei provvedimenti. Di conseguenza, poiché la legge in vigore all'epoca della vicenda non aveva indicato con precisione le condizioni di applicazione e, tenendo conto dell'ampio margine di discrezionalità concesso alle autorità nazionali competenti, l'Italia ha violato la Convenzione, con un'evidente ingerenza nel diritto alla libertà di circolazione. Tanto più – osserva Strasburgo – che al ricorrente non era stato imputato un comportamento o un'attività criminale specifica perché il tribunale competente aveva soltanto richiamato il fatto che aveva frequentazioni assidue con criminali importanti. La decisione, così, è stata fondata sul postulato di una tendenza a delinquere. Di qui la conclusione che la legge in vigore all'epoca dei fatti (che in larga parte corrisponde a quella attualmente in vigore) non offriva una garanzia adeguata contro ingerenze arbitrarie.

La Corte, invece, ha respinto il ricorso per violazione delle regole sull'equo processo e sull'assenza di rimedi giurisdizionali effettivi.

### Violazione dell'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Il diritto alla libertà di espressione – Sanzioni pecuniarie eccessive – Diffamazione a mezzo stampa – Risarcimento danni

*No a sanzioni pecuniarie nei confronti di giornalisti senza tener conto della loro situazione economica. E questo anche quando a versare i risarcimenti sono gli editori perché, in ogni caso, l'applicazione di sanzioni eccessive produce un effetto dissuasivo sulla libertà di stampa.*

Corte E.D.U., ricorso n. 52137/12, sentenza *Kapsis e Danijas contro Grecia*, depositata il 19 gennaio 2017

Per Strasburgo, le autorità giurisdizionali nazionali non rispettano i parametri fissati dalla Corte europea quando stabiliscono sanzioni sproporzionate colpendo le tasche dei giornalisti, con sicuri effetti deterrenti sulla libertà di stampa. Con la conseguenza che lo Stato incorre in una violazione dell'art. 10 della Convenzione europea che assicura la libertà di espressione e in una condanna da parte dei giudici internazionali. A rivolgersi alla Corte di Strasburgo sono stati il direttore e il giornalista di un quotidiano greco. Il cronista aveva scritto un articolo sulle nomine decise dal Ministro della cultura nella Commissione consultiva sui sovvenzionamenti ai teatri. Tra le persone nominate, anche un'attrice definita nell'articolo come "completamente sconosciuta". La donna aveva citato in giudizio i due ricorrenti che erano stati condannati a pagare 30mila euro. Una sanzione giudicata sproporzionata dalla Corte europea. L'attrice – osserva la Corte – era stata nominata in un organo di natura politica con la conseguenza che era del tutto giustificato che i giornalisti si occupassero della sua designazione, tanto più che non poteva essere considerata un "semplice individuo" vista la sua nomina politica. I giudici nazionali, inoltre, non hanno applicato i parametri di Strasburgo perché non hanno tenuto conto che si trattava di un giudizio di valore e non hanno preso in considerazione il contesto complessivo, giudicando una singola frase dell'articolo e questo malgrado, già in diverse occasioni, la stessa Corte europea abbia stabilito che non è possibile estrapolare le singole frasi per verificare una lesione alla reputazione altrui. Il giornalista, infatti, ha piena libertà nella scelta dello stile e non spetta certo ai giudici nazionali indicare lo stile da seguire che può essere sarcastico e aspro. L'ingerenza, così, non è stata proporzionata rispetto al fine perseguito ossia la protezione della reputazione della donna. A ciò si aggiunga che per quantificare l'importo per il risarcimento del danno, i giudici nazionali non hanno seguito i criteri di Strasburgo perché non hanno preso in esame la situazione economica dei giornalisti. Poco importa – osserva la Corte – che il risarcimento è stato poi versato dall'editore perché, in ogni caso, la previsione di una sanzione pecuniaria non conforme ai principi determinati dalla Corte europea ha un effetto dissuasivo sulla libertà di stampa che rischia, proprio per il timore di una sanzione, di non contribuire alla discussione pubblica su questioni di interesse generale, con un danno alla funzione di controllo che la stampa è chiamata ad esercitare. La Corte europea, in questo caso, non ha concesso un risarcimento per i danni patrimoniali perché l'importo era stato versato dall'editore, ma ha previsto 2mila euro per i giornalisti per il pregiudizio morale subito, con ciò valutando che quando i giornalisti sono costretti a subire un'azione sul piano giudiziario subiscono un sicuro danno morale.

### Regno Unito – Diritto costituzionale – Poteri esecutivi della Corona – Potere legislativo – European Communities Act 1972 – Referendum Act 2015 – Trattato dell'Unione Europea – Trattato di Lisbona – art. 50 TUE – Recesso dall'Unione Europea

*La Corte Suprema del Regno Unito ha confermato la sentenza dell'High Court of Justice (England and Wales) del 3.11.2016 secondo cui il Governo britannico non possa notificare il recesso dall'Unione Europea ai sensi dell'art. 50 del Trattato dell'Unione Europea senza previa autorizzazione del Parlamento di Westminster. La Corte ha inoltre confermato la sentenza dell'High Court of Justice (Northern Ireland) del 28.10.2016 che aveva statuito che la notifica del recesso da parte del Governo non sia un atto da sottoporre alla preventiva approvazione del Parlamento nord-irlandese.*

U.K. Supreme Court, 24 gennaio 2017, UKSC 2016/0196, *R vs. Secretary of State for exiting the European Union*<sup>1</sup>

La U.K Supreme Court ha confermato la decisione della High Court of Justice al termine di quattro udienze, articolate in sessioni mattutine e pomeridiane per ascoltare le posizioni ricorrenti e del Governo.

La sentenza della Corte ha precisato nell'incipit che la decisione non sia relativa alla saggezza o all'opportunità del recesso dall'Unione europea quanto piuttosto al rispetto del diritto costituzionale del Regno Unito ed alla supremazia del Parlamento di Londra che è l'unico a poter modificare l'ordinamento giuridico nazionale ed in particolare a creare, modificare o estinguere diritti.

La Corte ha premesso nella propria molto articolata sentenza che originariamente la sovranità era concentrata nella Corona, con limitazioni non ben definite e soggette a mutamento secondo le esigenze concrete. In questo quadro, la Corona esercitava tutti i poteri dello stato. Comunque, nel corso dei secoli tali poteri, conosciuti come prerogative reali, furono progressivamente ridotte proporzionalmente allo sviluppo della democrazia parlamentare ed al governo della legge. Alla fine del 20° secolo, la maggior parte di ciò che furono le prerogative reali, almeno in relazione alle questioni domestiche, sono state attribuite ai tre poteri principali dello stato: il legislativo, rappresentato dalle due camere del parlamento, l'esecutivo, rappresentato dai ministri e più in generale dal governo, il potere giudiziario, rappresentato dai giudici.

L'indipendenza del potere giudiziario fu formalmente riconosciuta negli principali statuti, il Bill of Rights, l'Act of Union e il Claim of Rights tra la fine del XVII secolo e l'inizio di quello XIX. Nel senso più esteso, dicono i supremi giudici del Regno Unito, il ruolo del potere giudiziario è quello di sostenere ed estendere lo stato di diritto; più particolarmente il compito dei giudici è quello di identificare imparzialmente ed applicare il diritto in ciascun caso portato dinanzi ad una corte. Il diritto è creato dalle norme di legge o ai sensi delle leggi, ma ci sono aree dove le norme sono sviluppate dai giudici stessi: questa è la common law. Ma ai giudici non è dato di sviluppare la common law in maniera incoerente con il diritto creato dagli statuti. Ciò perché la sovranità del Parlamento è il principio fondamentale della costituzione del Regno Unito. Il potere legislativo della Corona è oggi giorno esercitabile solo attraverso il Parlamento. Questo potere è esercitato attraverso la sottoposizione al Parlamento di un disegno di legge che diviene norma di legge solo se approvato, spesso con emendamenti, dal Parlamento (normalmente, ma non sempre, rappresentato da entrambi i rami di esso) e successivamente promulgato da S. M. la Regina. In questo modo il Parlamento, o più precisamente la Corona in Parlamento crea il diritto attraverso gli statuti, conosciuti anche come legislazione primaria, ed in nessun altro modo.

Nel Case of Proclamations (1611) 12 Co Rep 74, fu affermato che «il Re per suo proclama o in altro modo non può mutare alcuna parte del common law, delle leggi o delle consuetudini del regno».

Il potere amministrativo della Corona è oggi esercitabile dall'esecutivo, cioè dai ministri responsabili nei confronti del parlamento. Ma in ogni caso l'esercizio di tale potere, come stabilito sin dal XVII secolo, deve essere coerente con il common law e con le leggi. Altrimenti i ministri avrebbero il potere di modificare o infrangere la legge. Anche se le varie branche del potere esecutivo hanno acquistato il diritto di emanare norme esse derivano la propria validità dalle leggi che creano tali poteri e non dal governo stesso. I regolamenti, conosciuti come legislazione secondaria o delegata possono creare norme solo se a ciò autorizzati dalla legge, in mancanza della quale essi sono invalidi anche se fossero approvati con risoluzione di entrambe le camere.

Prosegue l'analisi della Corte passando all'esame della EEC Act 1972 che fu la legge che autorizzò l'ingresso del Regno Unito delle allora Comunità europee.

Afferma la Corte che la legge del 1972 non solo fece diventare il diritto comunitario una fonte dell'ordinamento giuridico britannico ma lo pose in una posizione di precedenza su ogni altra fonte di diritto interna. E la Corte riconosce che la reale portata costituzionale dell'ingresso nell'Unione europea non fu compresa appieno dai giuristi britannici sino alla sentenza *Factortame*<sup>2</sup>.

I supremi giudici affermano anche che tale primauté sussiste sino a quando il Parlamento lo consente. Ma, rilevano, realisticamente che se anche è vero che il governo del Regno Unito e i deputati europei eletti nel Regno partecipano alla creazione del diritto comunitario è anche vero che in molte aree di competenza dell'Unione europea, soggetta all'approvazione di semplici maggioranze, l'approvazione del Regno Unito non è necessaria perché la legislazione europea sia efficace anche nel regno.

In conclusione dicono i supremi giudici di Londra, fintantoché l'EEC Act 1972 rimane in vigore, i trattati UE, la legislazione comunitaria e la loro interpretazione da parte della Corte di Giustizia sono fonti dirette del diritto del Regno Unito.

Secondo la Corte Suprema la legge del 1972 ha posto due questioni rilevanti per il giudizio. Primo, ha stabilito che diritti, doveri e regole derivanti dal diritto UE devono essere applicati nel Regno Unito come parte del

<sup>1</sup> [2017] UKSC 5.

<sup>2</sup> Corte giust., 5 marzo 1996, causa C-48/93 (cause riunite C-46/93, C-48/93), *Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79.

suo sistema giuridico. Secondo, essa ha creato un nuovo processo costituzionale di approvazione delle norme nel Regno Unito. Questi aspetti sono strettamente connessi ma sono giuridicamente e concettualmente distinti. Il contenuto dei diritti, dei doveri e delle regole introdotte nell'ordinamento interno come risultato della legge del 1972 è una questione esclusiva del diritto comunitario. Ma i processi costituzionali in forza dei quali si creano le norme giuridiche del Regno Unito è una questione esclusivamente domestica.

La Corte di Londra ha affermato quindi che a seguito dell'entrata in vigore dell'EEC Act 1972, la regola ordinaria è che ogni norma interna deve essere coerente con il diritto comunitario. Il diritto comunitario ha la supremazia e la legislazione interna che sia incompatibile con il diritto comunitario diventa inefficace. Ma la legislazione che alteri lo status all'interno dell'ordinamento giuridico britannico delle istituzioni europee o del diritto comunitario non ha la necessità di essere coerente con il diritto UE. In tali ipotesi, non vi è una questione di supremazia del diritto comunitario, così che tale normativa sarà efficace nel Regno anche se infrange norme europee. E ciò proprio per il principio ricordato della sovranità del Parlamento, principio fondamentale del sistema costituzionale britannico. In questi termini, il diritto UE è una fonte del diritto britannico, giacché vi è stata una attribuzione da parte del Parlamento, del potere legislativo alle istituzioni europee; non può essere considerato quindi il diritto comunitario una sorte di legislazione delegata e quindi secondaria nell'ordinamento giuridico britannico.

La Corte ha quindi esaminato alla luce di tali premesse la sentenza della High Court of Justice di Londra ed ha ritenuto che il recesso dall'Unione costituisca una modifica costituzionale del sistema giuridico del Regno Unito.

La perdita di una fonte del diritto è un cambiamento giuridico fondamentale che giustifica la conclusione che le prerogative reali non possano essere invocate per esercitare il recesso dai Trattati UE, e la Corte divisionale ha anche giustamente ritenuto che i mutamenti nei diritti interni acquisiti attraverso tale fonte rappresentato un altro, quasi correlato, motivo per giustificare tale conclusione, giacché se i diritti dei cittadini britannici possono mutare, mutando le norme UE che li hanno creati, non sarebbe ammissibile che tali diritti mutassero o cessassero per una decisione del potere esecutivo.

La UK Supreme Court ha affermato che se certamente è ammissibile che una norma di legge statuisca che le modifiche costituzionali all'ordinamento britannico valgano sino a che il governo non decida altrimenti, è altrettanto vero che, contrariamente a quanto affermato dalla difesa del governo, l'EEC Act 1972 non contiene una tale disposizione.

La Corte ha quindi esaminato la questione dell'esercizio delle prerogative reali a seguito del pronunciamento della maggioranza dell'elettorato. Secondo la prospettiva del governo britannico, infatti, le limitazioni al potere dell'esecutivo non sussisterebbero in tale ipotesi, giacché il voto referendario avrebbe sostanzialmente superato la necessità di una pronuncia del parlamento.

La Corte ha ritenuto, alla luce delle leggi che hanno indetto i non molti referendum, che in ogni caso, a seguito dell'approvazione di esso da parte della maggioranza degli elettori, la modifica del diritto interno necessiti di una legge del parlamento, dovendosi distinguere gli effetti giuridici di un referendum da quelli politici.

## DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

### Rinvio pregiudiziale – Articolo 267 TFUE – Cancelliere – Nozione di "giurisdizione nazionale" – Giurisdizione obbligatoria – Esercizio di funzioni giurisdizionali – Indipendenza – Incompetenza della Corte

*Il Cancelliere del Giudice Unico competente in materia di violenza sulle donne di Terrassa non costituisce una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE.*

Corte giust., Quinta Sezione, sentenza 16 febbraio 2017, causa C-503/15, *Margarit Panicello*<sup>3</sup>

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della nozione di «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), nonché della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

<sup>3</sup> Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: <http://curia.europa.eu/>.

Tale domanda è stata presentata nel contesto di una controversia tra un avvocato ed una sua cliente, relativa agli onorari dovuti per i servizi giuridici forniti a quest'ultima in un procedimento relativo all'affidamento di minori.

Il Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa (Cancelliere del Giudice Unico competente in materia di violenza sulle donne, Terrassa, in seguito: Cancelliere del Giudice Unico), competente a decidere su tale azione ai sensi dell'art. 35 della LEC, osserva che la procedura applicabile, da una parte, non gli consente di controllare d'ufficio l'esistenza di eventuali clausole abusive nel contratto concluso tra l'avvocato e il suo cliente o di pratiche commerciali sleali di detto professionista e, dall'altra, limita la possibilità, per il cliente convenuto, di produrre elementi di prova che non siano documenti giustificativi o perizie per contestare l'importo richiesto.

In tale contesto, per verificare se è legittimato a presentare alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale, il Cancelliere del Giudice Unico si interroga anche, in limine, sul punto se possa essere qualificato come «giurisdizione», ai sensi dell'art. 267 TFUE, dato che nel diritto interno (art. 440 de la LOPJ) è un semplice funzionario al servizio dell'amministrazione della giustizia, alle dipendenze del Ministero della Giustizia, e i procedimenti nei quali esercita le sue funzioni sono stati qualificati come procedimenti amministrativi, e non giurisdizionali, dal Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Giudice dei conflitti di attribuzione, Spagna, sentenza n. 4/2011 del 28 settembre 2011) nonché dal Tribunal Constitucional (Corte costituzionale spagnola, sentenza n. 58/2016, del 17 marzo 2016).

In tale contesto, il Cancelliere del Giudice Unico ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte UE tre questioni pregiudiziali.

In limine, la Corte esamina se un Secretario Judicial (cancelliere) costituisca una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 TFUE e se, pertanto, sia legittimato a presentare una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte. Secondo giurisprudenza costante, per valutare se un organo remittente costituisca una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 TFUE, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali «il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., sentenze del 17 luglio 2014, *Torresi*, C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088, nonché del 6 ottobre 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664)».

Inoltre, per stabilire se un organo nazionale cui la legge affida funzioni di natura diversa debba essere qualificato come «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 TFUE, è necessario accertare quale sia la natura specifica delle funzioni, giurisdizionali o amministrative, che esso esercita nel particolare contesto normativo in cui è indotto a rivolgersi alla Corte, per verificare se sia pendente una lite dinanzi a tale organo e se quest'ultimo sia stato chiamato a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (v., in tal senso, Corte giust. 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, EU:C:2014:2088).

Nel procedimento principale, il Secretario Judicial (cancelliere) è un pubblico funzionario appartenente a un corpo giuridico superiore unico, nazionale, al servizio dell'amministrazione della giustizia e dipendente dal Ministero della Giustizia (articolo 440 della LOPJ). Nel 2009, il legislatore spagnolo ha attribuito al Secretario Judicial (cancelliere) la competenza esclusiva quanto alle azioni in materia di pagamento di onorari (artt. 34 e 35 della LEC) che sono intese a garantire ai procuratori e agli avvocati il riconoscimento rapido dell'esigibilità di taluni emolumenti specifici e il rilascio di un titolo esecutivo che ne consenta la riscossione immediata, quando i procuratori e gli avvocati producono i documenti che dimostrano con evidenza la fondatezza e l'importo degli onorari non pagati.

La risposta della Corte di giustizia, contrariamente alla soluzione prospettata dall'avvocato generale nelle proprie conclusioni, è nel senso di negare carattere giurisdizionale all'organo remittente. Le argomentazioni addotte sono perfettamente coerenti con la giurisprudenza in materia di giurisdizione ai sensi del rinvio pregiudiziale e prendono avvio dall'esame del carattere «obbligatorio» della giurisdizione dell'organo remittente, che nel caso di specie, manca, dato che la competenza del Secretario Judicial (cancelliere), quanto all'azione relativa al pagamento degli onorari (artt. 34 e 35 della LEC), presenta carattere meramente incidentale e facoltativo.

Senza dubbio, la Corte ha avuto modo di statuire su questioni pregiudiziali che le erano state sottoposte da organi remittenti la cui competenza, pur avendo carattere facoltativo, non dipendeva, tuttavia, dall'accordo delle parti e le cui decisioni erano vincolanti per queste ultime, proprio come nel caso del Secretario Judicial (cancelliere) nel contesto delle azioni per il pagamento degli onorari (Corte giust. 12 giugno 2014, causa C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, EU:C:2014:1754; 6 ottobre 2015, causa C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, EU:C:2015:664). Tuttavia, è pacifico che questi organi di rinvio, qualificati come «giurisdizione», ai sensi dell'art. 267 TFUE, dalla Corte, esercitassero le loro funzioni «nel contesto di procedimenti che possiedono un carattere pienamente giurisdizionale. Orbene, questo non si verifica riguardo al pagamento degli onorari oggetto del procedimento principale, in quanto, ai sensi dell'art. 34, paragrafo

2, e dell'art. 35, paragrafo 2, della LEC, tale azione si colloca a margine del sistema giurisdizionale nazionale. Infatti, da una parte, la proposizione di tale azione non osta, a causa della litispendenza, alla possibilità di adire autonomamente un giudice ordinario in un procedimento di cognizione o di ingiunzione di pagamento e non costituisce un motivo di irricevibilità dei motivi che possono essere sollevati, parallelamente o successivamente, dinanzi a tale giudice e, d'altra parte, la pronuncia motivata che decide in ordine a tale azione si accosta a una decisione di tipo amministrativo, poiché, pur essendo definitiva, immediatamente esecutiva e senza possibilità di alcun ricorso giurisdizionale, non le si possono riconoscere le caratteristiche di una decisione giurisdizionale, segnatamente l'autorità della cosa giudicata (v., per analogia, sentenza del 19 dicembre 2012, *Epitropos tou Elegktikou Synedriou*, C-363/11, EU:C:2012:825, punti 27 e 28)».

Ne deriva che «un'azione relativa al pagamento degli onorari come quella oggetto del procedimento principale ricade in un procedimento di carattere amministrativo, nel contesto del quale non può ritenersi che il Secretario Judicial eserciti una funzione giurisdizionale».

In tale contesto, d'altronde, il giudice UE rileva che il Secretario Judicial (cancelliere) non soddisfa nemmeno il criterio dell'indipendenza che presenta due aspetti. Il primo di natura esterna presuppone che «l'organo eserciti le proprie funzioni in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte (v. sentenze del 17 luglio 2014, *Torresi*, C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088, punto 22, nonché del 6 ottobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, punto 19), essendo quindi tutelato da interventi o pressioni dall'esterno idonei a mettere a rischio l'indipendenza di giudizio dei suoi membri quanto alle liti ad essi sottoposte (v. sentenze del 19 settembre 2006, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, punto 51; del 9 ottobre 2014, *TDC*, C-222/13, EU:C:2014:2265, punto 30, nonché del 6 ottobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, punto 19)». Il secondo, avente carattere interno, si ricollega alla nozione di imparzialità e riguarda l'equidistanza rispetto alle parti della controversia ed ai loro rispettivi interessi concernenti l'oggetto di quest'ultima. «Questo aspetto impone il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica (v., segnatamente, sentenze del 19 settembre 2006, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, punto 52; del 9 ottobre 2014, *TDC*, C-222/13, EU:C:2014:2265, punto 31, e del 6 ottobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, punto 20)».

Nella specie, a giudizio della Corte, è pur vero che il Secretario Judicial (cancelliere), nello svolgimento dell'esame delle azioni relative al pagamento degli onorari, soddisfa il requisito di indipendenza considerato sotto il suo profilo interno, in quanto adempie i suoi incarichi nel pieno rispetto dell'oggettività e dell'imparzialità rispetto alle parti della lite e ad i loro rispettivi interessi nella lite stesa. Tuttavia, in tale esame, «il Secretario Judicial (cancelliere) non soddisfa tale requisito considerato sotto il profilo esterno, che richiede l'assenza di un legame gerarchico o di subordinazione nei confronti di qualsivoglia entità che possa impartirgli ordini o istruzioni». Infatti, dalla normativa nazionale di riferimento si evince che, «nell'esercizio dell'insieme delle sue funzioni, il Secretario Judicial riceve, ed è tenuto a rispettare, le istruzioni del suo superiore gerarchico, salvo quando esercita le competenze relative alla fede pubblica, vale a dire nell'autenticazione dei documenti e degli atti di causa nonché nella certificazione di fatti che producono effetti processuali, o quando adotta atti di organizzazione e di direzione del procedimento. Risulta in tal modo dal fascicolo a disposizione della Corte che, allo stato attuale della legislazione spagnola, il Secretario Judicial (cancelliere) è chiamato a intervenire nell'azione relativa al pagamento degli onorari oggetto del procedimento principale nel rispetto dei principi di unità di azione e di subordinazione gerarchica».

In definitiva, nel contesto dell'azione relativa al pagamento degli onorari oggetto del procedimento principale, il Secretario Judicial (cancelliere) non costituisce una «giurisdizione», ai sensi dell'art. 267 TFUE, senza che occorra esaminare se detto organo soddisfi gli altri criteri che consentono di valutare tale aspetto. Il Secretario Judicial (cancelliere), conseguentemente, non è legittimato a presentare una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte. Pertanto, «è al giudice investito dell'esecuzione dell'ingiunzione di pagamento per la somma dovuta – che è tenuto a valutare, eventualmente d'ufficio, l'eventuale carattere abusivo di una clausola contrattuale inserita nel contratto stipulato tra un procuratore o un avvocato e il suo cliente [...] –, che spetterà, eventualmente, sottoporre una siffatta domanda alla Corte».



## Ordinamento giudiziario

LA CIRCOLARE SULLA FORMAZIONE DELLE TABELLE DI ORGANIZZAZIONE DEGLI UFFICI  
GIUDICANTI PER IL TRIENNIO 2017/2019: ANALISI DELLE NOVITÀ PIÙ RILEVANTI ..... 132  
di Nicola Graziano

ORDINAMENTO  
GIUDIZIARIO



## La Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019: analisi delle novità più rilevanti<sup>1</sup>

### 1. Il procedimento di formazione delle tabelle tra efficienza della giustizia e principio della ragionevole durata del processo

Con delibera del 25 gennaio 2017 il *Plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura ha approvato la nuova Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019 la cui fondamentale importanza per tutti gli operatori del diritto è evidente se solo si legge l'art. 1 che definisce le tabelle come il progetto organizzativo degli uffici giudicanti che concorre ad assicurare l'efficiente svolgimento della funzione giurisdizionale, sia da punto di vista della quantità e della qualità della risposta giurisdizionale, sia dal punto di vista della effettiva concretizzazione del principio della ragionevole durata del processo.

Già da questa prima considerazione emerge con tutta chiarezza che la circolare in oggetto non contiene solo norme per così dire interne ovvero di interesse relativo alla organizzazione degli uffici ed alla loro ripartizione in sezioni o relative all'assegnazione dei singoli magistrati alle sezioni ed ai criteri di assegnazione degli affari giudiziari perché il complesso normativo contenuto nella circolare, che ha anche il compito di razionalizzare e semplificare la serie di circolari, delibere e risposte a quesiti che si sono succeduti nel tempo, anche a seguito della emanazione di norme sulla organizzazione degli uffici giudiziari, consente la piena attuazione del principio della precostituzione del giudice naturale, quello della sua indipendenza interna, della sua inamovibilità ed imparzialità.

Non è questa la sede per una completa analisi delle norme in cui si snoda la circolare (che si compone di ben 284 articoli) per cui si terrà conto solo delle principali novità introdotte dal Consiglio Superiore della Magistratura, rimandando fin da adesso agli articoli che seguono una puntuale analisi delle norme che disciplinano il fondamentale ruolo che i giudici onorari di tribunale ed i giudici ausiliari assumono nel progetto organizzativo che è chiamato a redigere il dirigente dell'ufficio e le nuovissime norme dettate per il benessere organizzativo, la tutela delle genitorialità e della salute dei magistrati e dei loro familiari.

Orbene, e come detto senza voler cedere nell'analisi dei dettagli e delle specifiche questioni introdotte dall'atto di normazione secondaria, una lettura della circolare a volo d'uccello impone di partire proprio dalle novità introdotte in ordine al procedimento di formazione delle tabelle.

L'art. 5 indica la struttura della proposta tabellare che si compone del documento organizzativo generale (detto anche Dog) e del progetto tabellare, laddove il Dog è un documento incentrato sulle ragioni delle scelte organizzative ed il progetto tabellare è la concretizzazione effettiva e reale della proposta organizzativa.

Giova precisare che un ruolo importante nel quadro organizzativo generale delineato dal Dog è riconosciuto anche ai programmi per la gestione dei procedimenti civili di cui all'articolo 37, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, in quanto tali programmi costituiscono strumenti annuali di attuazione del Dog al fine dello smaltimento dei procedimenti civili (art. 8), considerato che il Dog ha tra gli obiettivi prioritari da realizzare nel triennio certamente anche quello dello smaltimento della cause di più risalente iscrizione e che i programmi di gestione costituiscono un momento di verifica annuale della programmazione quadro triennale effettuata con il Dog.

Una apposita sezione del Dog è poi dedicata alle tipologie di tirocinio di cui si avvale l'ufficio (art. 9) mentre molto importante è l'art. 10 che stabilisce che il Capo dell'ufficio giudiziario, sentiti i presidenti di sezione e il Dirigente amministrativo, può istituire la struttura organizzativa denominata Ufficio del processo, valutando a tal fine il numero e l'effettiva disponibilità delle risorse ivi destinabili.

All'Ufficio del processo sono assegnati i giudici onorari e ausiliari e i tirocinanti, nonché il personale di cancelleria individuato in base ai provvedimenti di gestione del dirigente amministrativo, adottati in coerenza con le determinazioni del Capo dell'ufficio.

La struttura organizzativa così istituita può essere assegnata a supporto di uno o più giudici togati o di una o più sezioni, tenuto conto, a tal fine e in via prioritaria, del numero delle sopravvenienze e delle pendenze a carico di ciascuna sezione o di ciascun magistrato, e, per il settore civile, degli obiettivi perseguiti con il programma di gestione di cui all'art. 37 del d.l. n. 98/2011.

<sup>1</sup> Il presente articolo è pubblicato anche in Guida al Diritto n. 11 del 4 marzo 2017.

Ed ancora all'Ufficio del processo sono attribuite tutte le attività di ausilio allo svolgimento del lavoro giudiziario, ivi compresi i compiti di preparazione e ricerca necessari alla soluzione degli affari e alla stesura dei provvedimenti. Possono essere altresì attribuiti compiti di supporto all'efficiente utilizzo dei sistemi informativi, quali, a titolo meramente esemplificativo, il coordinamento e il monitoraggio dei depositi telematici, nonché la tempestiva rilevazione delle problematiche derivanti dalla adozione di nuove tecnologie e di nuovi modelli organizzativi.

Recentissima in tema è la circolare del Ministero della Giustizia del 14 febbraio 2017 recante linee guida per la predisposizione dei progetti formativi di perfezionamento presso l'Ufficio per il processo dei tirocinanti che ben si concilia con le attività attribuite all'Ufficio del processo.

Ancora giova osservare che dalla lettura della circolare emerge che il Csm ha inteso dettare regole ben precise per il procedimento di approvazione della proposta tabellare, regole ispirate al principio della partecipazione dei soggetti a vario titolo coinvolti nel progetto tabellare ed alla certezza dei tempi per il deposito della proposta tabellare.

In tale contesto si inserisce una importante novità che attiene al coinvolgimento del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati in merito agli interventi ritenuti opportuni ai fini della migliore organizzazione dell'ufficio (art. 13, comma I, lett. b).

Ma il ruolo che è chiamato a svolgere l'Avvocatura non si esaurisce nei limiti di quanto sopra detto perché, come emerge dalla relazione di accompagnamento alla circolare, vi sono altre significative innovazioni che mirano a rendere l'Avvocatura attore consapevole e propositivo nel percorso di organizzazione e riorganizzazione degli uffici giudiziari, essendo ormai consolidata l'acquisizione secondo cui solo mediante tale attiva cooperazione possono essere elaborate e attuate le migliori soluzioni organizzative nell'interesse esclusivo della giurisdizione.

E' prevista, allora, anche la comunicazione al Presidente del Consiglio dell'Ordine da parte del Presidente della Corte d'Appello della proposta tabellare (art. 18); la comunicazione della tabella approvata al Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati della sede interessata dalla procedura tabellare. (art. 27, co. 2.); la comunicazione delle proposte di modifica tabellare al Presidente del Consiglio dell'Ordine della sede interessata dalla procedura tabellare ove esse incidano sul numero delle sezioni o dei suoi componenti e sull'attribuzione delle materie alle singole sezioni; la partecipazione necessaria degli avvocati sull'attività della Commissione Flussi istituita presso il Consiglio Giudiziario, essendo stata implementata in tal senso la sua composizione.

Sono degne di nota le norme dedicate a confermare e rafforzare l'opzione culturale di privilegiare la

specializzazione come paradigma organizzativo idoneo ad assicurare la migliore risposta giurisdizionale e a permettere ai magistrati di non disperdere le proprie energie professionali (artt. 55 e ss.) che trova conferma nell'art. 111 con cui si apre il Capo dedicato alla assegnazione dei magistrati alle sezioni ed alla mobilità interna laddove espressamente si stabilisce che l'organizzazione dell'ufficio favorisce una ragionata e moderata mobilità interna che, accanto alla valorizzazione delle specializzazioni, assicuri, soprattutto nella prima fase della carriera del magistrato, la diffusione delle competenze, coerentemente ai principi e agli obiettivi delineati del documento organizzativo generale.

Nell'ottica di migliorare l'efficienza dell'ufficio si prevede che il magistrato trasferito ad altro ufficio o ad altra posizione tabellare trasmette al presidente di sezione o, laddove non previsto in organico, al presidente del tribunale, sintetica relazione sullo stato del ruolo, evidenziando eventuali urgenze, in modo tale da poter orientare il collega subentrante.

Un accenno va fatto alla disciplina della sezione Gip/Gup (artt. 68 e ss.) ed in particolare all'art. 70 che con riferimento alla destinazione dei magistrati richiama le limitazioni di cui al successivo art. 114 laddove si prevede la regola generale, derogabile solo che per imprescindibili e straordinarie esigenze di servizio, secondo cui possono svolgere le funzioni di giudice incaricato dei provvedimenti previsti per la fase delle indagini preliminari nonché di giudice dell'udienza preliminare solamente i magistrati che hanno svolto per almeno due anni funzioni di giudice del dibattimento (equiparandosi a tale funzione le funzioni di giudice dell'udienza preliminare; di giudice delle misure di prevenzione; di giudice addetto allo svolgimento dei procedimenti celebrati con rito direttissimo e di giudice del riesame).

Si legge nella relazione di accompagnamento alla circolare che per l'assegnazione dei magistrati alla sezione Gip/Gup è richiesto dalla normativa di rango primario il pregresso svolgimento, per almeno un biennio, delle funzioni di giudice del dibattimento con le equiparazione sopra dette.

Tale assunto non si condivide ed in parte qua la circolare non sembra essere conforme a quanto di recente previsto dal legislatore. In effetti il comma II, lett. b) dell'art. 2 del d. n. 168/2016, convertito in legge n. 197/2016, ha previsto la abrogazione del comma II dell'art. 13 del d.lgs. n. 160/2006 (come modificato dalla legge n. 187/2011) e cioè ha previsto la eliminazione della disposizione secondo cui i magistrati ordinari al termine del tirocinio non possono essere destinati a svolgere le funzioni giudicanti monocratiche penali, salvo che per i reati di cui all'art. 550 c.p.p., le funzioni di giudice per le indagini preliminari o di giudice dell'udienza preliminare anteriormente al conseguimento della prima valutazione di professionalità.

Orbene, nel parere reso dal Consiglio Superiore

della Magistratura al d.l. sopra indicato, si legge che è apprezzabile la eliminazione per i magistrati che non abbiano conseguito la prima valutazione di professionalità del divieto di esercitare le funzioni di Gip/Gup, anche se si aggiunge che, tali delicate funzioni potranno essere conferite solo a magistrati dotati di una pregressa esperienza dibattimentale di congrua durata, stante la perdurante vigenza dell'art. 7-*bis*, comma II-*bis*, del R.D. n. 12/41 che esclude che le funzioni sopra dette possano essere assegnate a magistrati che non abbiano svolto per almeno un biennio le funzioni di giudice del dibattimento.

Non si condivide tale interpretazione, fatta ancora una volta propria dal Consiglio Superiore della Magistratura anche in precedenza, perché l'art. 7-*bis*, comma 2-*bis* R.D. n. 12/41, e cioè l'esercizio per due anni delle funzioni di giudice del dibattimento, deve intendersi implicitamente abrogata se solo si pensi alla stessa natura di norma ordinamentale della disposizione in commento ed alla ratio che ispira la eliminazione del divieto contenuto nel sopra citato art. 13, comma II, che è quella di migliorare l'efficienza degli uffici giudiziari, specialmente di piccole dimensioni e/o meno appetibili, laddove il sopra detto divieto stava determinando, proprio in tali sedi, la paralisi della giustizia penale.

Tralasciando, poi, l'analisi di tutta una serie di norme più strettamente collegate alla organizzazione interna alle quali necessariamente si rimanda, per la assoluta rilevanza di carattere generale che rivestono restano da analizzare le norme di cui si compone il Titolo III della circolare in commento che sono dedicate al procedimento di formazione della proposta tabellare della Corte di Cassazione che è un atto del Primo Presidente.

Tutte le norme sono ispirate a dettare percorsi organizzativi idonei anche a far fronte ad una situazione emergenziale connessa al notevole carico di lavoro presso la giurisdizione superiore e da questo punto di vista, accanto alle norme di disciplina dell'assegnazione degli affari e della composizione dei collegi nonché alle norme sui criteri di scelta dei componenti delle Sezioni Unite, giova analizzare le norme che hanno risentito delle recenti riforme organizzative e processuali che hanno riguardato la Corte di Cassazione (si allude alle disposizioni di cui al d.l. n. 168/2016, convertito con significative modificazioni con la legge n. 197/2016).

Orbene, come è noto, la sopra detta normativa ha introdotto misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, muovendosi, in particolare su due linee di direzione fra loro convergenti.

Da una parte, infatti, per quel che qui interessa, il Legislatore ha disciplinato l'applicazione dei magistrati dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo per lo svolgimento di funzioni giurisdizionali di legittimità,

prevedendo che tali magistrati sono chiamati a comporre i collegi giudicanti, sia civili che penali, avvertendo il Legislatore in ogni caso che di ciascun collegio giudicante della Corte di Cassazione non potrà fare parte più di un magistrato dell'Ufficio del massimario e del ruolo, sempre che lo stesso abbia presso il sopra detto Ufficio una anzianità di servizio di almeno due anni, abbia conseguito almeno la terza valutazione di professionalità. Si prevede, inoltre, una destinazione temporanea per un periodo non superiore a tre anni e non rinnovabile.

In sede di normazione secondaria, quindi, il Consiglio Superiore della Magistratura ha previsto all'art. 251 della circolare che tra le attività del Massimario vi è anche l'applicazione alle sezioni della Corte per lo svolgimento di funzioni giurisdizionali di legittimità (comma II, lett. f), dettando agli art. 265 e ss. la concreta disciplina organizzativa per l'applicazione dei magistrati dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo per lo svolgimento di funzioni giurisdizionali di legittimità per la definizione del contenzioso, la procedura per l'individuazione delle sezioni e per la scelta dei magistrati destinati allo svolgimento di funzioni giurisdizionali di legittimità (art. 267), i criteri di selezione (art. 268) e le ipotesi di destinazione d'ufficio (art. 269).

Merita di essere segnalato l'art. 266 che detta i criteri regolativi l'attività dei magistrati applicati alle sezioni della Corte per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali di legittimità, laddove si prevede che il Primo Presidente, con proprio decreto, determina annualmente il carico di lavoro dei magistrati applicati, avendo presente le indefettibili esigenze di massimazione e di studio funzionali alla nomofilachia e che il magistrato applicato può svolgere anche le ulteriori funzioni dell'ufficio del Massimario di cui all'articolo 251 e l'attività di spoglio funzionale alla formazione dei ruoli di udienza, tenendo conto del carico di lavoro che gli è stato assegnato presso la sezione.

Infine l'art. 270, nel disciplinare la durata dell'incarico per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali di legittimità, prevede la durata annuale, rinnovabile se l'assegnazione è avvenuta su domanda, ovviamente nel rispetto del limite massimo dei tre anni previsto dalla legge sopra citata.

Anche la parte della circolare relativa alla disciplina dei magistrati addetti all'Ufficio del Massimario e del ruolo destinati alle sezioni della Corte con compiti di assistente di studio (art. 74 del d.l. n. 69/2013 convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98), prevede rilevanti novità rispetto al passato, prima fra tutte quella che prevede che i magistrati dell'ufficio del massimario siano posti in condizione, compatibilmente con le condizioni di legge e le esigenze dell'ufficio, di svolgere tutte le attuali funzioni del massimario, così abbandonando la precedente opzione per cui gli assistenti di studio svolgevano in via esclusiva tale compito, mentre i re-

stanti magistrati addetti al Massimario provvedevano ad assicurare la normale attività di tale ufficio.

Inoltre l'art. 258, comma VII prevede che, in caso di applicazione alle sezioni della Corte per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali di legittimità, il magistrato con compiti di assistente di studio, accanto alle funzioni dell'Ufficio del Massimario di cui all'articolo 251, può svolgere l'attività di spoglio funzionale alla formazione dei ruoli di udienza.

In ordine ai compiti di magistrati del massimario addetti come assistenti di studio (art.258), in applicazione dell'art. 107, comma IV, Cost., si prevede la destinazione alle sezioni della Corte con compiti di assistente di studio e non ai singoli consiglieri.

La seconda linea direttrice su cui si è mosso il Legislatore del 2016 è stata quella di prevedere un nuovo volto del procedimento dinanzi alla Corte di Cassazione ed in particolare di prevedere la regola dell'uso della trattazione in camera di consiglio nei procedimenti civili che si svolgono dinanzi alle sezioni semplici della Corte di Cassazione, salve le eccezioni previste nel c.p.c.

Orbene, coerentemente con quanto previsto dalla novella del 2016, la nuova circolate tabelle ha previsto che in occasione della formazione dei calendari di udienza, i Presidenti delle sezioni civili predeterminano il numero delle udienze pubbliche e delle adunanze della camera di consiglio e che nella distribuzione del lavoro tra i magistrati della Corte, l'attività espletata nell'udienza pubblica è parificata a quella svolta nell'adunanza della camera di consiglio (art. 242).

## 2. Il nuovo ruolo dei Got e dei giudici ausiliari

La circolare in commento al Titolo II (Organizzazione degli uffici giudicanti di merito), Capo VII rubricato "Giudici Onorari" (artt. da 182 a 200) disciplina, proprio facendo riferimento alla proposta tabellare, la destinazione e l'utilizzo dei giudici onorari in servizio presso il tribunale e dei giudici ausiliari di Corte di Appello.

Esigenze di economia della trattazione impongono di tralasciare considerazioni di ordinamento giudiziario sull'importanza e sul ruolo fondamentale (art. 106 Cost.) che è chiamato a svolgere nel settore giustizia la magistratura onoraria, per cui ci si limiterà in questa sede a dar conto delle profonde novità contenute in sede di normazione secondaria, avvertendosi fin da adesso che, al di là di quelle sopra citate, molte altre disposizioni in cui si snoda la circolare sulle tabelle fanno riferimento al ruolo che sono chiamati a svolgere i magistrati onorari, primo fra tutti quello di essere chiamati a far parte dell'Ufficio del processo che il Capo dell'Ufficio giudiziario, secondo le disposizione dell'art. 10 della circolare in commento, può istituire.

In tal caso si sottolinea l'importante ruolo che sono chiamati a svolgere i giudici onorari e ausiliari, unitamente a tirocinanti, stagisti e personale di cancelleria,

nella composizione dell'Ufficio del processo, dal momento che all'Ufficio del processo sono attribuite tutte le attività di ausilio allo svolgimento del lavoro giudiziario, ivi compresi i compiti di preparazione e ricerca necessari alla soluzione degli affari e alla stesura dei provvedimenti ovvero compiti di supporto all'efficiente utilizzo dei sistemi informativi, quali, a titolo meramente esemplificativo, il coordinamento e il monitoraggio dei depositi telematici, nonché la tempestiva rilevazione delle problematiche derivanti dalla adozione di nuove tecnologie e di nuovi modelli organizzativi (art. 10, comma V).

Orbene giova ricostruire, sia pure brevemente, come nel corso degli anni il Consiglio Superiore della Magistratura ha disciplinato i compiti di collaborazione e supplenza dei giudici onorari di tribunale e più in generale dei magistrati onorari nel dettare la normativa secondaria sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti.

In primo luogo si legge nella relazione di accompagnamento alla circolare sulla formazione delle tabelle 2009/2011 che "sono stati meglio definiti i compiti di collaborazione e supplenza dei Got, in ossequio alla Risoluzione adottata dal Csm in data 16 luglio 2008, la quale ha pure chiarito il significato di "mancanza" ed "impedimento" dei giudici professionali, fermo il divieto di impiegare i Got nei Collegi; è stato, peraltro, espressamente previsto che i Got non possano trattare processi con rito direttissimo".

La norma contenuta nella Circolare appena citata era l'art. 61 che, nel prevedere la assegnazione in funzione collaborativa dei Got ai singoli uffici ed alle singole sezioni degli uffici ai sensi dell'art. 43-bis dell'Ordinamento Giudiziario, stabiliva che la supplenza dei giudici professionali potesse avvenire o nei casi di assenza o impedimento del magistrato ovvero si potesse prevedere una destinazione in supplenza dei giudici professionali con riguardo ad assenze o vacanze perduranti, soltanto qualora non sia possibile ricorrere all'utilizzazione dei magistrati distrettuali ovvero alla sostituzione mediante tabelle infradistrettuali, ovviamente nelle controversie elencate come vietate ovvero previste come possibili. In tal ultimo caso, però, veniva previsto la presenza di idonee soluzioni organizzative che assicurino effettivi meccanismi di coordinamento da parte del Presidente della sezione a cui i giudici onorari sono assegnati, al fine di favorire la formazione di uniformi indirizzi giurisprudenziali e criteri oggettivi e predeterminati di assegnazione degli affari devoluti ai giudici onorari e di sostituzione dei giudici professionali.

Vietata era in ogni caso la destinazione dei giudici onorari a supplire i giudici professionali nei collegi.

Già con la circolare sulla formazione delle tabelle 2013/2015 la situazione muta notevolmente essendosi previsto, in primo luogo, che i giudici onorari di tribunale potessero essere destinati, in supplenza, anche

a comporre i collegi, sia civili sia penali, aderendo a una diversa e più ampia interpretazione delle norme dettate in materia.

Inoltre, ed in applicazione del disposto normativo di cui all'art. 43-bis Ordinamento Giudiziario, è stato ampliato il novero delle materie che possono essere devolute ai Got, cosicché risultano loro sottratti, ove utilizzati in affiancamento ai giudici togati, soltanto: a) per il settore civile, i procedimenti cautelari e possessori, fatta eccezione per le domande proposte nel corso della causa di merito o del giudizio petitorio, nonché gli appelli avverso le sentenze del giudice di pace (con lo scopo di evitare il doppio grado onorario nel giudizio di merito); b) per il settore penale, i procedimenti monocratici diversi da quelli previsti dall'art. 550 c.p.p., i procedimenti che si trovino nella fase che comporta l'esercizio delle funzioni Gip/Gup nonché i giudizi di appello avverso le sentenze del giudice di pace.

Si prevedevano tre diverse modalità di utilizzo dei Got: a) l'affiancamento a un giudice togato, assegnatario a tale scopo di un ruolo aggiuntivo, che sarà gestito con l'ausilio del Got, cui verranno, nel settore civile, con preferenza affidati i tentativi di conciliazione e i procedimenti speciali previsti dagli artt. 186-bis e 423, comma 1, c.p.c., oltre ad attività istruttoria non complessa; nel settore penale quei procedimenti speciali o i dibattimenti individuati all'esito dell'udienza di comparizione ex art. 555 c.p.p., dal giudice togato; b) l'assegnazione di un ruolo autonomo, in caso di significative vacanze nell'organico dell'ufficio, con esclusione di alcune specifiche materie aggiuntive rispetto alle limitazioni di ordine generale; c) la supplenza dei giudici togati, nei casi di impedimento previsti dalla normativa secondaria, con le ulteriori limitazione introdotte per l'assegnazione di ruoli autonomi.

Con la suddetta circolare è stata introdotta per la prima volta la figura del giudice coordinatore e referente dei Got.

Alcuni atti, tra le molteplici norme di carattere organizzativo emanate dal Consiglio Superiore della Magistratura nella direzione di prevedere le condizioni ed i presupposti in cui in concreto possono essere affidate le funzioni ai giudici onorari di tribunale, sono da riportare.

Il primo è la risposta al quesito del 30 luglio 2013 di interpretazione alle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2013/2015 che ha ridotto le materie precluse alla attività dei giudici onorari di tribunale ed ha quindi risolto in senso ampio, ma senza confini certi, la problematica della attività delegabile ai Got in funzione di giudice tutelare, proprio in considerazione della vastità delle competenze che, ordinariamente, caratterizzano lo svolgimento delle funzioni del giudice tutelare (tale atto è successivo alla risposta al quesito del 3 luglio 2013 sulla possibilità di utilizzo dei Got nella materia del diritto del lavoro

e della previdenza sociale laddove non si esclude tale possibilità sempre che la stessa sia frutto di una ragionata analisi della situazione organizzativa dell'ufficio).

Il secondo atto fondamentale in materia è la risoluzione sui modelli organizzativi dell'attività dei Got risalente al 25 gennaio 2012 ma modificata in data 8 aprile 2015 laddove in esso si legge dei criteri di selezione degli affari ai Got, si concretizzano i modelli di utilizzo della magistratura onoraria come previsti nella circolare delle tabelle e si pone l'accento sul ruolo fondamentale che svolge la formazione professionale dei giudici onorari (sia in sede centrate che in sede decentrata) in considerazione proprio della accresciuta e regolamentata possibilità di impiego degli stessi ovvero sulla necessità di un loro effettivo coinvolgimento nelle riunioni ex art. 47 quater dell'Ordinamento Giudiziario.

Anche la nuova circolare in materia di programmi di gestione dei procedimenti civili prevista dall'art. 37 del d.l. n. 98/2011 (delibera del Csm del 7 dicembre 2016) prende in considerazione il pieno impiego dei Got da parte dei Dirigenti (o dei presidenti di sezione) nelle scelte organizzative per la determinazione degli obiettivi di rendimento.

In tale quadro di normazione primaria e secondaria si inserisce la nuova circolare sulle tabelle per il triennio 2017/2019 laddove, preso atto del *favor* del legislatore verso l'implementazione dell'utilizzo dei giudici onorari (fra tutte si citano le disposizioni di cui alla legge n. 57/2016), si è disciplinato compiutamente l'utilizzo dei Got, con indicazione anche nel sistema informatico dell'assegnazione dei Got alle singole sezioni (art. 182, comma II).

Nel prevedere la conferma ai limiti all'utilizzo dei giudici onorari di tribunale nel settore civile e nel settore penale (artt. 183 e 184 che sono richiamati dall'art. 47 in ordine al numero ed al dimensionamento delle sezioni degli uffici giudicanti di merito), nella circolare ci si sofferma sui già sperimentati modelli di utilizzo dei giudici quali l'affiancamento di un giudice togato (art. 186), l'assegnazione di un ruolo con esclusione in tale ultima ipotesi delle materie trattate dalle sezioni specializzate per legge e il diritto fallimentare quanto al settore civile e dei procedimenti tratti a giudizio con rito direttissimo nel settore penale ovvero la supplenza anche nei collegi (art. 189).

Dalla lettura dell'art. 187 emerge una importante valorizzazione del modello organizzativo di utilizzo dei Got quale l'assegnazione di un ruolo autonomo perché si è aggiunta, accanto alla ipotesi delle significative vacanze nell'organico dell'ufficio, anche l'ipotesi in cui per circostanze oggettive non si possa far fronte alla domanda di giustizia con i soli giudici togati.

La norma va coordinata con l'art. 179 che consente al dirigente dell'ufficio di adottare misure per prevenire o porre rimedio ai casi di significativo ritardo nel deposito dei provvedimenti da parte dei magistrati addetti

all'ufficio e quindi consente allo stesso di prevedere, con provvedimenti immediatamente esecutivi, il parziale o totale esonero temporaneo del magistrato dall'assegnazione di nuovi affari ovvero il suo esonero temporaneo da specifiche attività giudiziarie ed inoltre la redistribuzione dei procedimenti o processi all'interno della sezione, con l'assegnazione di ruoli aggiuntivi ai singoli giudici, disponendo l'affiancamento di Got ovvero con l'eventuale formazione di ruoli autonomi da assegnare ai Got nel caso di significative vacanze nell'organico dell'ufficio o di necessità di definire procedimenti che abbiano superato i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis, legge 24 marzo 2001, n. 89, di specifiche esigenze organizzative insorte a seguito di straordinari incrementi delle sopravvenienze e della necessità di garantire la funzionalità delle sezioni o dei settori.

Infine, va aggiunto, che il comma II del sopra citato articolo 187 prevede che il Presidente di sezione o, in mancanza, un giudice togato individuato come magistrato collaboratore, eserciti le funzioni di coordinatore e referente dei giudici onorari in servizio presso il tribunale per ciascuna sezione civile e penale o per la sezione promiscua.

La circolare in commento, inoltre, si diffonde sulla necessaria individuazione dei criteri oggettivi e predefiniti per l'assegnazione degli affari ai Got e sul ruolo partecipativo, attraverso osservazioni e deduzioni, alle proposte tabellari.

Lo stesso criterio di partecipazione (nonché di assegnazione oggettiva e predeterminata degli affari - art. 195) è previsto in ordine alle proposte tabellari delle Corti d'appello in cui si prevede l'utilizzo dei Giudici ausiliari (art. 197) con cui si chiude la Sezione II del Capo VI (Giudici onorari) della circolare.

Le norme in cui si snoda la sopra detta sezione sistematicamente inquadrano il tema del procedimento di formazione delle tabelle delle Corti d'appello con riferimento alle specifiche indicazioni sulla destinazione e sulle funzioni dei Giudici ausiliari di Corte d'appello.

Prima di analizzarle brevemente, giova ricordare che la istituzione della figura dei Giudici ausiliari di Corte d'appello è stata introdotta nel 2013 con il c.d. decreto del fare (artt. 62 e ss.) con la dichiarata finalità di agevolare la definizione dei procedimenti civili, compresi quelli in materia di lavoro e previdenza, secondo le priorità individuate dai presidenti delle Corti di appello con i programmi di gestione dei procedimenti civili previsti dall'articolo 37, comma I, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

Orbene l'art. 193 della circolare in commento detta precisi limiti all'utilizzo dei giudici ausiliari dei quali non si può prevedere l'impiego nel caso di procedimenti di competenza delle sezioni specializzate per legge (sezione agraria, impresa e minorenni) ovvero nel caso di procedimenti in materia di appalti pubbli-

ci, di esecuzione immobiliare e fallimentare; di procedimenti in materia di impugnazione di lodo arbitrale e di procedimenti trattati dalla Corte d'appello in unico grado, fatta eccezione per quelli di cui alla legge 24 marzo 2001, n. 89 (per i quali il successivo art. 196 prevede una apposita disciplina) ed infine dei procedimenti decisi in primo grado dal tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'articolo 50-bis c.p.c.

Rilevante è quanto previsto dall'art. 194 che individua i criteri per l'assegnazione dei giudici ausiliari e precisamente essi vengono assegnati 1) alle sezioni che presentano il numero maggiore di procedimenti che abbiano superato, o vi sia rischio che possano superare i termini di cui all'articolo 2, comma 2 bis, della legge 24 marzo 2001, n. 89; 2) alle sezioni con un numero maggiore di procedimenti da definire o che presentino specifiche esigenze organizzative insorte anche a seguito di straordinari incrementi delle sopravvenienze o scoperture di organico; 3) in proporzione al numero di giudici togati in servizio effettivo presso ciascuna sezione.

Chiude il Capo dedicato ai giudici onorari la previsione relativa alla loro formazione professionale, sia in sede centrale che in sede decentrata che deve essere favorita dai Dirigenti degli uffici proprio per rendere più effettiva la capacità tecnico-professionale di quei giudici che costituzionalmente appartengono all'ordine giudiziario.

Delle modalità di utilizzo dei giudici onorari e dei risultati conseguito il Dirigente dell'ufficio rende conto entro il 31 dicembre di ogni anno attraverso una relazione da trasmettere al Consiglio Giudiziario ed al Consiglio Superiore della Magistratura (art. 200).

Per completare il quadro dell'analisi delle norme dedicate alla magistratura onoraria va infine ricordata la figura del magistrato collaboratore nel coordinamento dell'Ufficio del giudice di pace (art. 215) che svolge attività di ausilio al Presidente del Tribunale.

Possono essere individuati anche più magistrati che collaborano nello svolgimento dei compiti di gestione del personale di magistratura e amministrativo addetto all'Ufficio del giudice di pace a seconda delle dimensioni dell'ufficio e come previsto nel documento organizzativo generale.

La scelta del magistrato collaboratore è compiuta a seguito di interpello ed in base a criteri indicati nell'art. 216, prevedendosi anche un esonero parziale per lo stesso dall'attività giurisdizionale ordinaria in una percentuale determinata in relazione alla grandezza del predetto ufficio e al numero degli ausiliari nominati (art. 217).

### 3. Benessere organizzativo, tutela della genitorialità e della salute dei magistrati

Una delle principali novità della circolare sulla formazione delle tabelle per il triennio 2017-2019 è certamente quella relativa alle norme contenute nel Titolo

VI rubricato “Del benessere organizzativo, della tutela della genitorialità e della salute” dei magistrati che concretizzano la previsione generale contenuta nell’art. 4 secondo cui le scelte organizzative da effettuarsi nella predisposizione del progetto tabellare devono tener conto delle esigenze di tutela della maternità e della compatibilità del lavoro con le esigenze familiari e i doveri di assistenza che gravano sul magistrato.

Partendo proprio dal profilo del benessere organizzativo, appare di tutta evidenza che l’intenzione del Consiglio Superiore della Magistratura è stata quella di dare una sistemazione organica anche ad una serie di vari interventi succedutisi nel tempo nel dichiarato obiettivo, come si legge dalla relazione che accompagna le norme sulla circolare in commento, secondo cui “garantire lo sviluppo e l’efficienza dell’Amministrazione della Giustizia, le condizioni emotive dell’ambiente in cui si lavora e la sussistenza di un clima organizzativo positivo costituiscono elementi di fondamentale importanza, in grado di favorire il miglioramento degli ambienti di lavoro e di incidere positivamente sull’efficacia dell’azione giudiziaria, sul potenziamento della professionalità e sui livelli di produttività”.

Nella circolare, quindi, si rinviene l’art. 271 che detta la regola generale e di principio secondo cui nella previsione tabellare deve essere dedicata una particolare attenzione rivolta alla indicazione e la scelta di misure organizzative per garantire il benessere fisico, psicologico e sociale dei magistrati.

In tal caso, quindi, si impone al Dirigente dell’ufficio di attivarsi per la costruzione di ambienti e relazioni di lavoro che contribuiscono al miglioramento della qualità della loro vita professionale, si pensi, per fare un esempio alla istituzione di parcheggi asserviti alla sosta di autovetture condotte da magistrati, specie se gestanti o neo-mamme, ovvero alla previsione di ascensori dedicati ai magistrati come già previsto dal Consiglio Superiore della Magistratura in data 6 febbraio 2013 che ha deliberato, riferendosi non solo ai magistrati, ma anche agli avvocati ed al personale amministrativo, che si trovino però in stato di gravidanza o allattamento, di raccomandare ai Capi degli uffici di adottare ogni iniziativa diretta a favorire la realizzazione presso gli uffici giudiziari di aree di parcheggio di cortesia.

Altro caso da segnalare è quello relativo al progetto di istituzione di asili nido aziendali presso gli Uffici giudiziari di cui alla delibera del Consiglio Superiore della Magistratura del 26 luglio 2010 con la quale si è adottata una risoluzione per ribadire la proposta di avviare un’interlocuzione con il Ministero della Giustizia e con i Dipartimenti per le Politiche della Famiglia e per le Pari Opportunità, anche in vista della costituzione di un tavolo tecnico permanente, al fine di elaborare concrete proposte per la realizzazione di asili nido ovvero di servizi integrativi all’interno degli uffici giudiziari italiani.

Anche la valorizzazione della partecipazione alle scelte organizzative ed ai progetti di innovazione (art. 275) viene accentuata, nella certezza che il coinvolgimento nelle scelte organizzative dell’ufficio, attraverso l’ascolto di proposte del magistrato e la messa a sua disposizione delle informazioni, diffonde quella cultura della organizzazione che aumenta i livelli di consapevolezza e di efficienza e produttività.

Di particolare rilievo poi è l’art. 276 rubricato “clima relazionale” perché tale norma pone l’accento sulle condizioni che incidono sul sistema sociale interno, sulle relazioni personali tra magistrati nella certezza che la valorizzazione delle competenze, il coinvolgimento a progetti di innovazione e l’equa distribuzione dei carichi di lavoro, all’interno dell’Ufficio e/o all’interno delle varie sezioni, può dar vita a un ambiente lavorativo sereno e positivo.

Si delinea in tale direzione un importante ruolo di facilitatore di tale clima positivo in capo anche ai Presidenti di Sezione, di cui il Dirigente dell’ufficiosi può avvalere, anche per la risoluzione di eventuali situazioni conflittuali in chiave di mediazione e conciliazione perché un ambiente conflittuale, specie in sezioni caratterizzate da elevato grado di collegialità, non può che riflettersi in maniera del tutto negativa anche sui livelli di produttività.

In tale ottica un ruolo fondamentale verrà svolto anche dai Comitati Pari Opportunità decentrati nell’ambito delle loro competenze istituzionali che, a giudizio di chi scrive, vanno ampiamente intese a prescindere dal dichiarato obiettivo di realizzare la piena opportunità tra uomini e donne nel lavoro di magistrato, oltre che la promozione di azioni positive (il riferimento è all’art. 13 della Circolare che al comma I, lett. e) impone ai Dirigenti dell’ufficio di consultare nella redazione delle tabelle organizzative proprio i Comitati Pari Opportunità decentrati, per quanto di loro competenza).

Va da sé, evidentemente, che tali Comitati hanno un ruolo più pregnante e da protagonista certamente nella funzione consultiva cui sono chiamati per la concretizzazione di misure organizzative che tengano conto dello stato di gravidanza, maternità ma anche paternità e malattia dei magistrati e dei loro familiari, specie se portatori di handicap (art. 272 e 273).

In tal caso si prevede che i dirigenti, nell’individuare le specifiche modalità con cui dare concreta attuazione alle disposizioni poste a tutela della genitorialità (all’art. 283 è stabilito che le sopra dette disposizioni si applicano anche a favore di magistrati che abbiano documentati motivi di salute che possano impedire loro lo svolgimento di alcune attività di ufficio, nonché a favore dei magistrati che siano genitori di prole con handicap o che comunque assistano un familiare con handicap, accertato ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104) si ispirano a criteri di flessibilità organizzativa (art. 278), sempre

che si rispetti la regola secondo cui il magistrato interessato deve essere necessariamente sentito senza però poter ottenere una riduzione del carico di lavoro ovvero in caso di esoneri sempre che gli stessi vengano compensati da attività maggiormente compatibili con la condizione del magistrato. Il riferimento è allora all'ipotesi del comma I dell'art. 277 (Tutela della genitorialità) secondo cui "Nell'organizzazione degli uffici i dirigenti tengono conto della presenza e delle esigenze dei magistrati in maternità e più in generale della compatibilità del lavoro con le necessità familiari e i doveri di assistenza che gravano sui magistrati, con particolare riferimento alle condizioni di coloro che provvedano alla cura di figli minori, anche non in via esclusiva o prevalente e fino a sei anni di età degli stessi".

A titolo esemplificativo nella circolare in commento si distingue tra misure organizzative nel settore civile (art. 279) e misure organizzative nel settore penale (art. 280).

Orbene, nel settore civile, può essere prevista la riduzione del numero delle udienze o la riduzione del loro orario o, se indispensabile, modalità di celebrazione delle stesse più confacenti alle esigenze di salute e familiari del magistrato ovvero la riduzione delle assegnazioni, privilegiando un maggior impegno nella stesura delle sentenze e, ove la materia lo comporti, nella trattazione della volontaria giurisdizione.

Nel settore penale dall'art. 280 emerge che, tra le modalità con cui dare concreta attuazione alla tutela della genitorialità, si può prevedere l'inserimento del magistrato in processi prevedibilmente non di lunga durata, con riduzione, se del caso, del numero delle udienze, ma con maggiore assegnazione di sentenze, la riduzione dell'orario delle udienze stesse o il loro svolgimento con modalità di celebrazione più confacenti alle esigenze di salute e familiari del magistrato ovvero l'assegnazione temporanea del magistrato a funzioni esclusivamente monocratiche e negli uffici Gip/Gup l'esonero del magistrato dalla partecipazione ai turni per gli affari urgenti e alle udienze di convalida (ovvero dette udienze possono essere calibrate con orari compatibili con la condizione del magistrato) con una maggiore assegnazione di affari o negli uffici di sorveglianza l'esonero del magistrato dai colloqui con i detenuti in ambiente carcerario e dagli affari di particolare urgenza.

Ancora l'art. 281 (Divieto di assegnazione di affari nel periodo di congedo di maternità, paternità o parentale) non fa altro che recepire una serie di precedenti resi dal Consiglio Superiore della Magistratura nel corso di questi anni in chiave di interpretazione ed esecuzione delle norme a tutela della genitorialità già contenute nelle precedenti circolari sulla formazione delle tabelle (in particolare quella relativa al triennio 2013/2015 e quella ancora precedente e relativa al triennio 2009/2011 - art. 45).

In effetti si prevede al comma I del sopra citato articolo 281 che nel periodo di congedo di maternità, paternità o parentale al magistrato non possono essere assegnati affari, anche di immediata e urgente trattazione, salvo che si provveda alla sua sostituzione mentre al comma II si stabilisce che il periodo di astensione obbligatoria per congedo parentale e quello per congedo di paternità o parentale di durata superiore a tre mesi determinano la sospensione dei termini di permanenza massima nell'ufficio di appartenenza (il riferimento è alla Delibera del 17 aprile 2013, alla risposta al quesito del 23 ottobre 2013 e del 19 febbraio 2014 resi dal Consiglio Superiore della Magistratura, dopo aver sentito il parere reso dal Comitato per le Pari Opportunità in Magistratura oggi previsto e disciplinato nell'art. 17 del nuovo Regolamento Interno del Csm come deliberato nell'anno 2016).

Infine l'art. 282 prevede che il magistrato, qualora il settore di servizio in cui opera non consenta una organizzazione compatibile con le sue esigenze familiari può chiedere essere assegnato, in via temporanea ed eventualmente anche in soprannumero rispetto alla pianta organica della sezione, ad altro settore nell'ambito del medesimo ufficio, mantenendo il diritto a rientrare nel settore di provenienza. In tal caso il provvedimento è adottato dal dirigente dell'ufficio, almeno quindici giorni prima del rientro in servizio del magistrato interessato, sentito quest'ultimo e previo coinvolgimento dei magistrati dell'ufficio in modo da individuare le modalità più adatte a contemperare le diverse esigenze, è immediatamente esecutivo.

Queste le norme relative al Titolo VI della Circolare in commento ma nel corpo della stessa e precisamente nella parte relativa alla assegnazione dei magistrati alle sezioni ed ai tramutamenti degli stessi nell'ambito dello stesso ufficio si rinvengono due importanti ulteriori disposizioni.

E precisamente l'art. 113 che prevede che nel caso di magistrati in maternità o che provvedano alla cura di figli minori, in via esclusiva o prevalente e fino a sei anni di età degli stessi, in assenza del consenso degli interessati, non può essere disposto il mutamento delle funzioni tabellari, né della sede di esercizio delle funzioni e l'art. 117 che si segnala in particolare per la disposizione contenuta nel comma III e IV che prevede che i dirigenti degli uffici e, per quanto di loro competenza, i dirigenti delle corrispondenti Corti d'appello e Procure generali esentano i magistrati con prole di età inferiore a sei anni (nonché i magistrati che abbiano documentati motivi di salute che possano impedire loro lo svolgimento di alcune attività di ufficio ovvero i magistrati che siano genitori di prole con situazione di handicap) da ogni attività ovvero incombenza ulteriore rispetto all'ordinaria attività giudiziaria, salva la disponibilità manifestata dal magistrato.

In tal caso il comma V prevede che le previsioni per la tutela della genitorialità dei figli minori fino a sei

anni possono essere derogate se il dirigente, con provvedimento che dia conto di esigenze non altrimenti garantite, rilevi motivatamente l'insostenibilità della misura organizzativa prevista per la piena tutela della genitorialità. In tali casi, però, resta comunque salva la piena applicabilità delle predette disposizioni a tutela della genitorialità di figli sino a tre anni.

Alla luce di tutto quanto riportato non può che condividersi quanto emerge dalla relazione di accompagnamento alla circolare sulle tabelle laddove si legge testualmente che "il Consiglio, nell'acquisita consapevolezza che l'ottimizzazione della macchina giudiziaria presuppone un'organizzazione degli uffici che assicuri il benessere dei magistrati e una proattività rispetto all'esigenze dell'utenza, ha profondamente innovato il precedente testo di normazione secondaria, introducendo sul punto disposizioni di assoluta novità e modernità, soprattutto in tema di tutela della genitorialità e dei doveri di assistenza che gravano sui magistrati".

In questa ottica, proprio facendo riferimento al servizio giustizia ed alle esigenze della utenza non può non segnalarsi una importante delibera del 23 ottobre 2013 recante il Protocollo d'intesa a tutela della maternità e della paternità nell'organizzazione delle attività giudiziarie e dei servizi amministrativi in relazione all'esercizio della professione forense con cui il Consiglio Superiore della Magistratura ha inteso raccomandare ai Capi degli uffici, nell'ambito delle loro competenze e facoltà, di adottare iniziative dirette ad individuare virtuose prassi nella materia della organizzazione delle attività di udienza, in funzione della piena tutela delle condizioni di maternità e genitoriale, con riferimento non solo ai magistrati ma anche a tutte le figure professionali impegnate negli uffici giudiziari.

Dalla interessante lettura del documento emerge, tra le altre cose, che il giudice, nel fissare le udienze e disporre i rinvii, tenga conto dello stato di gravidanza della donna avvocato e del periodo corrispondente al congedo per maternità; che il giudice, tenga conto delle gravi necessità dei figli, specie se riferite ai primi tre anni di vita, e della condizione di allattamento, ai fini della individuazione della trattazione del processo ad ora fissa, od ai fini dei rinvii dell'udienza, qualora riferite al genitore avvocato che ne abbia la cura prevalente e non sia possibile provvedere altrimenti all'assistenza del figlio medesimo; che il giudice assicuri tendenziale precedenza ai processi nei quali il difensore si trovi in stato di gravidanza o puerperio; che, infine, il personale addetto alle cancellerie assicuri precedenza, anche nell'ambito delle attività di cancelleria, ai difensori che si trovino nelle condizioni sopra indicate.

## Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

### DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Sulla idoneità del provvedimento di revoca dei contributi pubblici alle imprese ad essere titolo esecutivo 474 c.p.c. per l'iscrizione a ruolo finalizzato al successivo prelievo coattivo ..... 142  
di Assunta Ester Piccolo

### DIRITTO PENALE

Le regole dibattimentali sulla formazione della prova si estendono anche al procedimento di esecuzione e sorveglianza ..... 146  
di Giacomo Romano

### DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

Sulla ammissibilità del ricorso amministrativo notificato in forma cartacea dopo il 1° gennaio 2017 ... 151  
di Elia Scafuri



## Diritto processuale civile

### Sulla idoneità del provvedimento di revoca dei contributi pubblici alle imprese ad essere titolo esecutivo 474 c.p.c. per l'iscrizione a ruolo finalizzato al successivo prelievo coattivo

#### abstract

*The revocation of public subsidy to the companies established by law is always deemed as title of execution with the same effects of Article 474 Processual Civil Law, hence it is appropriate for the registration of the docket and subsequently enforced execution.*

#### keywords

*Public subsidy – Revocation – Title of execution.*

#### abstract

*La revoca dei contributi pubblici alle imprese per espressa previsione di legge costituisce sempre titolo avente gli stessi effetti ex art. 474 c.p.c. e come tale legittimante l'iscrizione a ruolo e il successivo prelievo coattivo del finanziamento erogato.*

#### parole chiave

*Contributi pubblici – Revoca – Titolo esecutivo.*

La questione che si intende affrontare trae origine da una recente sentenza della Corte d'Appello di Napoli n. 227 del 23 gennaio 2017, e dal contestuale arresto della Corte di Cassazione, sez. I, n. 1336 del 19 gennaio 2017 che in materia di revoca di contributi pubblici alle imprese hanno superato l'orientamento che escludeva l'idoneità del provvedimento di revoca di agevolazioni pubbliche ex art. 24, c. 32, legge 449/97, a costituire titolo esecutivo idoneo a legittimare l'iscrizione a ruolo delle somme e la successiva esecuzione forzata.

La problematica *de qua* si è posta con riferimento ad una cartella esattoriale con cui l'agente della riscossione aveva dato inizio ad un prelievo coattivo delle somme spettanti alla pubblica amministrazione per effetto dell'emissione di un provvedimento di revoca del finanziamento pubblico erogato a favore delle attività produttive ai sensi della legge 488/92.

Avverso tale cartella veniva instaurato giudizio di opposizione ex art. 615 c.p.c., a termine del quale il

Tribunale di Napoli, con sentenza n. 7223/2011, sulla base di una declaratoria di inesistenza del titolo esecutivo, non potendo considerarsi tale il decreto di revoca di un finanziamento pubblico, aveva accolto l'opposizione all'esecuzione.

Tale assunto, da quanto si legge in sentenza, troverebbe fondamento nella natura privatistica del rapporto che si instaura a seguito dell'erogazione del contributo tra amministrazione concedente e privato beneficiario, da cui deriverebbe una posizione paritetica delle parti, con esclusione di ogni forma di supremazia riconoscibile in capo alla in virtù del suo ruolo pubblico.

A tale conclusione il giudice di primo grado perveniva portando alle estreme conseguenze l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di riparto di giurisdizione<sup>1</sup>.

La natura paritetica del rapporto e quella non tributaria dell'entrata depongono, stando alla ricostruzione del Tribunale, a favore di una dimensione privatistica della revoca del finanziamento (alla stregua di una risoluzione contrattuale) con implicazioni sull'individuazione della norma applicabile, identificata nel disposto dell'art. 21 del d.lgs. n. 46/1999 che testualmente prevede: «Salvo che sia diversamente disposto da particolari disposizioni di legge, e salvo, altresì, quanto stabilito dall'art. 24 per le entrate degli enti previdenziali, le entrate previste dall'articolo 17 aventi causa in rapporti di diritto privato sono iscritte a ruolo quando risultano da titolo avente efficacia esecutiva».

L'interpretazione fornita alla succitata norma dal Tribunale di Napoli, si muove in una logica di *favor debitoris*, in ragione della quale l'art. 21 fisserebbe una condizione cui è subordinata l'iscrizione a ruolo, ovvero che l'entrata da riscuotere risulti da titolo esecutivo ex art 474 c.p.c.

Posto che il giudice partenopeo, come accennato, in ragione della natura privatistica del rapporto esclude

<sup>1</sup> Cass. 5 maggio 2008 n. 2655 in tema di riparto di giurisdizione ha disposto che: «in ipotesi di finanziamenti concessi per lo sviluppo e l'agevolazione delle attività produttive, il rapporto conseguente alla erogazione del contributo tra amministrazione concedente e privato beneficiario si svolge interamente nell'ambito del diritto privato, su un piano del tutto paritario, nel quale la P. A. non esercita alcuna potestà autoritativa e la situazione del privato assume la consistenza del diritto soggettivo».

che l'atto di revoca possa rientrare nel novero di titoli esecutivi individuato dall'art. 474 c.p.c., ne consegue che la pubblica amministrazione non avrebbe avuto alcun diritto a procedere all'espropriazione forzata a danno della società beneficiaria, per difetto di un documento legittimante che contenesse l'accertamento del diritto di credito.

In sintesi, secondo tale ricostruzione, la p.a., ponendosi in una condizione paritetica, non potrebbe godere di alcun privilegio circa il titolo abilitante all'esecuzione: come ogni privato dovrebbe preventivamente procedere all'accertamento delle pretese creditorie in sede giurisdizionale, non potendo ricercare il titolo legittimante in disposizioni di legge che alla revoca della p.a. attribuiscono efficacia esecutiva.

Conclusione questa a cui era in precedenza pervenuta anche la stessa Corte d'Appello di Napoli in riferimento ad un caso analogo, avente ad oggetto la pretesa restitutoria fatta valere nei confronti del fideiussore del beneficiario del finanziamento pubblico revocato.

Tuttavia, di recente, come accennato in premessa, la Corte d'Appello di Napoli, con la sentenza n. 227 del 23 gennaio 2017, in controtendenza rispetto all'orientamento diffuso nelle aule partenopee, è approdata ad affermare che in materia di revoca del finanziamento pubblico alle imprese la p.a., benché parte di rapporti privati, non abbia l'onere di munirsi preventivamente di un titolo esecutivo riconducibile alla previsione dell'art. 474 c.p.c.

A riguardo ha osservato la Corte d'appello che: «il tenore letterale dell'art. 24, comma 32 della legge 449/1997 – a mente del quale il provvedimento di revoca delle agevolazioni disposte dal Ministro dell'Industria del commercio e dell'artigianato in materia di incentivi alle imprese costituisce titolo per la iscrizione a ruolo ai sensi dell'art 67 comma 2 d.p.r. 43/88 degli importi corrisposti, degli interessi e delle sanzioni – non consente margini interpretativi a sostegno della conclusione cui è pervenuto il primo giudice; ogni provvedimento di revoca, senza distinzione di sorta, è titolo idoneo alla iscrizione a ruolo delle relative pretese creditorie, attecchendosi infatti l'art. 24 co. 32 quale disposizione derogatoria della disciplina generale, sicché in caso di rapporti di diritto privato, l'amministrazione non ha l'onere di munirsi preventivamente, ai fini dell'iscrizione a ruolo, di titolo esecutivo riconducibile alla previsione di cui all'art. 474 c.p.c.».

L'orientamento fatto proprio dal collegio nell'arresto citato si fonda su una serie di argomenti.

Innanzitutto, da un punto di vista logico-testuale, la disposizione dell'art. 24, comma 32, legge 449/97, nella parte in cui prevede che: «il provvedimento di revoca delle agevolazioni [...] costituisce titolo esecutivo per l'iscrizione a ruolo ai sensi dell'art 67, comma 2 del d.P.R. 43/88 [...]» consente di ritenere che il provvedimento di revoca emesso unilateralmente

dall'Amministrazione abbia “forza costituente” di titolo esecutivo.

Tale dato letterale, nell'interpretazione della Corte, appare riaffermato dalla norma di interpretazione autentica, introdotta dall'art. 3, comma 8, legge 99/2009, la quale dispone che: «i commi 32 e 33 dell'articolo 24 di l. 449/1997 e successive modificazioni, si interpretano nel senso che il provvedimento di revoca delle agevolazioni disposte dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, dal Ministero delle attività produttive e dal Ministero dello sviluppo economico in materia di incentivi alle imprese costituisce titolo per l'iscrizione a ruolo degli importi corrisposti e dei relativi interessi, rivalutazioni e sanzioni nei confronti di tutti gli obbligati e quindi anche nei confronti dei soggetti che hanno prestato garanzia fideiussoria in relazione alle agevolazioni revocate».

Come sopra accennato, tale ricostruzione interpretativa è stata fornita anche dalla Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1336 del 19 gennaio 2017, la quale ha rilevato che il legislatore con quest'ultima disposizione si sia voluto munire di una norma di interpretazione autentica dei commi 32 e 33 dell'art. 24, legge 449/97, per evitare che in sede giudiziaria si giungesse ad escludere la rispondenza, sotto al profilo degli effetti, del provvedimento di revoca con i titoli esecutivi ex art. 474 c.p.c.

Appare evidente che – indipendentemente dal *no-men iuris* utilizzato – la volontà del legislatore è quella di attribuire al provvedimento di revoca natura di titolo esecutivo per l'iscrizione a ruolo, sulla scorta di un accertamento unilaterale che trae la propria legittimazione direttamente dall'ordinamento cui è rimesso l'individuazione di ulteriori tipologie extragiudiziarie rispetto a quelle elencate dall'art. 474 c.p.c.

La possibilità di rimettere all'Ordinamento la creazione del titolo esecutivo senza ricorrere necessariamente alla formazione dello stesso in sede giudiziaria non appare controversa, posto che indipendentemente dalla natura del rapporto a fondamento della pretesa creditoria, la qualità di titolo esecutivo è sempre frutto di una scelta altamente discrezionale del legislatore, essendo impossibile individuare qualcosa che sul piano della natura unifichi tutti i titoli esecutivi<sup>2</sup>.

Si potrebbe obiettare che la fonte unilaterale del titolo non ponga sufficienti garanzie di certezza del credito; tuttavia questo aspetto critico può essere superato considerando che la valutazione in merito all'esistenza della pretesa restitutoria, è a monte compiuta dall'Ordinamento.

<sup>2</sup> In tal senso di veda PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 695 secondo cui «alla base della attribuzione della qualità di titolo esecutivo ad un provvedimento, atto o documento è sempre una scelta politica altamente discrezionale del legislatore, ancorché tale scelta tenga quasi sempre conto della specificità della situazione sostanziale, di esigenze di economia processuale, del sistema dei mezzi di impugnazione accolto».

Infatti, la legge, affermando che il provvedimento di revoca è titolo per iscrizione a ruolo, ha considerato certo il credito insito nella revoca di un contributo già concesso e versato; d'altronde che l'effetto che produce l'adozione di un provvedimento decadenziale di un finanziamento pubblico è il sorgere di un obbligazione restitutoria delle somme versate.

In merito alla misura della certezza richiesta affinché un atto possa qualificarsi titolo esecutivo, nulla impedisce che sia lo stesso ordinamento a riconoscere certo il credito, posto che il grado di certezza che contraddistingue un titolo esecutivo non è univocamente identificabile in quello che si determina con sentenza, potendo invece ravvisarsi, così come affermato da autorevole dottrina, in una valutazione del legislatore in ordine alla meritevolezza del credito sostanziale da tutelare<sup>3</sup>.

Inoltre, la formazione legislativa del titolo esecutivo stragiudiziale nell'ambito dei rapporti privati di cui è parte la p.a. non deve considerarsi un *unicum*. Infatti l'ordinamento ha predisposto altri istituti espressione di un potere unilaterale dell'amministrazione di autotiformare il titolo esecutivo per la riscossione coattiva e ciò indipendentemente dal rapporto alla base del credito vantato.

Il riferimento è in particolare al r.d. 14 aprile 1910 che ha predisposto un atto unilaterale della p.a. idoneo ad instaurare una procedura coattiva per la ripetizione di somme indebitamente pagate dall'Amministrazione: la c.d. ingiunzione fiscale.

L'utilizzo di questo istituto anche ai rapporti *iure privatorum*, dunque ai rapporti paritetici tra p.a. e privato, è stato confermata da una recente sentenza della cassazione<sup>4</sup>.

Pertanto, se l'ingiunzione fiscale, per espressa previsione legislativa, è il prodotto unilaterale della p.a. idoneo a costituire titolo impositivo con efficacia esecutiva della pretesa creditoria – come tale legittimante il privato debitore (anche nell'ambito di rapporti paritetici con la p.a.) a dare seguito ad un opposizione ex art. 615 c.p.c. – appare evidente, in presenza del dato letterale inequivocabile offerto dall'art. 24, c. 32, legge 449/97, la natura di titolo esecutivo al provvedimento di revoca dei contributi pubblici alle imprese.

Inoltre, la natura di titolo esecutivo attribuita all'ingiunzione fiscale non risulta mutata dal regime impositivo mediante ruolo e in particolare dall'art. 21 d.lgs. 46/99 il quale, come già accennato, per le entrate fondate su rapporti privati si limita a subordinare la riscossione mediante ruolo all'esistenza di un titolo

esecutivo, senza nulla dire circa la provenienza del medesimo; in altre parole la legge non impone la natura giudiziale del titolo così come ritenuto dal citato diverso orientamento giurisprudenziale.

In sintesi, la disposizione dell'art. 21 d.lgs. 46/99 non depone a sfavore di un titolo stragiudiziale a formazione unilaterale equiparabile quanto agli effetti ai titoli esecutivi ex art. 474 c.p.c., ma si limita ad indicare un presupposto per l'iscrizione a ruolo esattoriale: l'esistenza di un titolo esecutivo.

Tale argomento si ricava dall'inciso contenuto nel comma 1 dell'art. 21 d.lgs. 46/99, il quale, facendo salvo quanto diversamente disposto da particolari disposizioni, prevede che le entrate aventi causa in rapporti privati sono iscritte a ruolo quando risultano da titolo avente efficacia esecutiva.

Dal combinato disposto della succitata disposizione con l'art. 24, c. 32 e 33, legge 449/97, così come interpretato dall'art. 3 c. 8, legge 99/2009, è possibile dedurre che il provvedimento di revoca sostituisce pur avendo gli stessi effetti il titolo esecutivo ex l'art. 474 c.p.c. richiesto altrimenti dall'art. 21.

Orbene, nell'ambito dei rapporti privati inerenti a concessione di contributi pubblici, il presupposto dell'esistenza di un titolo esecutivo da iscriversi a ruolo risulta soddisfatto dall'adozione da parte della p.a. del provvedimento di revoca, in quanto in presenza di un dato normativo inequivocabile come l'art. 24, c. 32, legge 446/97, nulla osta a che il titolo esecutivo legittimante l'iscrizione a ruolo possa essere di derivazione stragiudiziale ed in particolare espressione di potere di autoproduzione unilaterale che la legge affida alla p.a.

Può osservarsi che, anche in riferimento ai rapporti privatistici, non sempre è valido il parallelismo tra credito avente causa in un rapporto privatistico e l'accertamento giudiziale; infatti l'art. 474 c.p.c. non solo ha previsto espressamente titoli esecutivi stragiudiziali (si pensi alla cambiale, agli atti ricevuti da notaio, etc.) ma vi ha ricompreso anche quei titoli non espressamente indicati ai quali la legge attribuisce la medesima efficacia.

È pertanto possibile ritenere che dal complesso normativo enunciato derivi la possibilità che leggi speciali possano individuare altri atti che, sul piano degli effetti, siano parificati ai titoli esecutivi elencati ex art. 474 c.p.c.

È dunque riscontrabile, così come osservato anche dalla Corte d'appello di Napoli, un *favor* legislativo in tema di riscossione di agevolazioni pubbliche a fronte di un provvedimento di revoca la cui *ratio* non può prescindere dalla natura pubblicistica di una delle parti del rapporto privatistico in ragione della quale la p.a., anche nei rapporti paritetici, è tenuta inderogabilmente al rispetto del principio di buon andamento.

Infatti, nella fase privatistica di esecuzione del rapporto, l'Amministrazione non dismette la sua veste pubblicistica che le impone di svolgere un'attività di

<sup>3</sup> CONSOLO, *Spiegazione di diritto processuale civile. Le tutele*, I, Padova, 2003, p. 167; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2005, p. 32, secondo cui la certezza del credito si ravvisa in ciò che l'ordinamento giudica sufficiente per fondare l'esecuzione forzata, nel momento in cui enuncia che un determinato atto costituisce titolo esecutivo.

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 25 maggio 2009, n. 11992.

controllo sul beneficiario, con la conseguenza che ove vengano a mancare le condizioni richieste dalla legge 488/92, l'Amministrazione è vincolata ad emettere un provvedimento di revoca, espressione di un potere di autotutela privatistica<sup>5</sup>.

Quest'attività di controllo trova fondamento nella derivazione pubblicistica del credito di cui l'Amministrazione non può disporre liberamente ad esempio con una cessione gratuita a terzi.

In sintesi, è necessario un distinguo tra il rapporto fondante che è indiscutibilmente privatistico e la pretesa che ne deriva, la quale essendo credito della p.a. non può che avere natura pubblicistica; ne consegue che l'atto con cui l'Amministrazione dispone il recupero dei finanziamenti non può che essere espressione di un potere di autotutela sia pur con connotati privatistici, come tale il provvedimento di revoca è munito di quell'esecutività legittimante che si desume dall'art. 24, comma 32, legge 449/97.

La prerogativa riservata dalla legge all'Amministrazione di dare inizio ad un'esecuzione forzata sulla base del provvedimento di revoca del contributo pubblico, non risulta ostacolata neanche dalle esigenze di garanzia e difesa del privato beneficiario sancite dalla carta costituzionale.

Come ha osservato la Corte d'appello di Napoli, la p.a. adotta il provvedimento di revoca all'esito di un complesso procedimento amministrativo, nel corso del quale sono ampiamente assicurati i diritti di partecipazione procedimentale al privato, tra i quali si annovera la possibilità dell'accesso agli atti.

Il completamento della tutela della parte debitrice si rinviene infine nella possibilità, evidenziata anche dalla pronuncia in esame, di proporre – una volta che la p.a. sulla base del provvedimento di revoca abbia provveduto all'iscrizione a ruolo della pretesa restitutoria e abbia dato inizio all'esecuzione mediante emissione della cartella esattoriale – opposizione *ex art. 615 c.p.c.* contestando in tale sede l'esistenza delle condizioni legittimanti il provvedimento di revoca.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Si veda in particolare, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2014 n. 6, che nell'intervenire sul riparto di giurisdizione in materia di contributi e agevolazioni pubbliche, ha qualificato il provvedimento di revoca come esercizio di autotutela privatistica. Sempre a evidenziare la parità (solo) tendenziale delle parti contraenti, si richiama all'Ad. plen. n. 14/14, secondo cui «pur nel contesto di un rapporto paritetico sono apprestate per l'Amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Ad. plen. n. 6/14); ciò evidentemente perché l'attività dell'Amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte»: un minimum di specialità irrinunciabile, connotato alla permanenza di un interesse pubblico, che resta indisponibile per la stessa Amministrazione e determina un fisiologico plusvalore tra le situazioni soggettive legate dal vincolo convenzionale cui sono sottesi interessi che si presentano di rango diverso.

<sup>6</sup> La Cassazione ha avuto in più occasioni modo di precisare che

avverso la cartella esattoriale è possibile agire mediante lo strumento processuale-civilistico dell'opposizione all'esecuzione *ex art. 615*, «allorquando si contesti la legittimità della iscrizione al ruolo per la mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione stessa, o si adducano fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo» (si veda, Cass. civ., sez. II, sentenza 22 febbraio 2010, n. 4139; Cass. civ., sez. I, sentenza 8 febbraio 2006 n. 2819; Cass. civ., sez. un., 13 luglio 2000 n. 489)

## Procedura penale

### Le regole dibattimentali sulla formazione della prova si estendono anche al procedimento di esecuzione e sorveglianza

#### abstract

*In criminal execution procedure it must be guaranteed the respect for the cross-examination during the performance of technical expertise and before the final decision.*

#### keywords

*Forensic Psychiatric Hospital – Custodial Care – Parole Board.*

#### abstract

*Anche in sede di esecuzione e sorveglianza va garantito il rispetto del contraddittorio durante l'espletamento della perizia e prima della sua acquisizione al giudizio.*

#### parole chiave

*Ospedale Psichiatrico Giudiziario – Casa di Cura e Custodia – Tribunale di Sorveglianza.*

La questione in esame trae spunto dall'ordinanza emessa in data 28 luglio 2015 dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze con la quale veniva respinta l'imputazione proposta da un soggetto internato in ospedale psichiatrico giudiziario avverso il provvedimento di proroga della misura di sicurezza emessa dal Magistrato di Sorveglianza di Firenze il 19 novembre 2014.

Il soggetto ricoverato in O.P.G. veniva ritenuto non imputabile per vizio totale di mente dalla Corte di Assise di Firenze con sentenza emessa in data 7 giugno 2000 per l'omicidio commesso in danno della madre. Conseguentemente, l'infermo di mente veniva sottoposto a misura di sicurezza, con ricovero in O.P.G., con diagnosi di disturbo schizofrenico di tipo paranoide cronico.

In data 19 novembre 2014 il Magistrato di Sorveglianza di Firenze prorogava la misura di sicurezza in atto sino al 18 novembre del 2015 in virtù di valutazione di permanenza della pericolosità sociale. In tale procedimento veniva disposta e realizzata una perizia psichiatrica.

In secondo grado, innanzi al Tribunale di Sorveglianza, veniva rinnovata la perizia, con affidamento

dell'incarico ad un diverso esperto.

Invero, durante il procedimento di secondo grado, veniva nominato dal Tribunale un perito il quale confermava la diagnosi di schizofrenia paranoide del soggetto sottoposto alla misura di sicurezza e, conseguentemente, veniva confermata la sussistenza della pericolosità sociale, con indicazione di necessaria prosecuzione del trattamento in struttura chiusa (REMS ad alta sicurezza).

Il perito nominato dal Tribunale in secondo grado depositava relazione scritta ma non veniva escusso in udienza. A fronte di una richiesta di rinvio formulata dalla difesa dell'internato allo scopo di chiedere chiarimenti al perito, il Tribunale osservava che il contraddittorio era stato assicurato in sede di svolgimento della perizia ed in rapporto alla presenza, in tal sede, del consulente di parte. La relazione peritale, poi, veniva depositata venti giorni prima dell'udienza e, pertanto, ben avrebbe potuto la difesa argomentare per iscritto eventuali contestazioni tali da far emergere la necessità di escussione del perito.

Il Tribunale, quindi, valutando la complessiva condotta tenuta dall'internato durante la sottoposizione a misura di sicurezza e visti gli esiti peritali, confermava il provvedimento di proroga del ricovero in ospedale giudiziario psichiatrico.

Il caso offre l'occasione per approfondire un procedimento, quello di sorveglianza, poco trattato in sede scientifica e che rappresenta, invece, il momento ove più intensamente si avverte l'esigenza di difesa, specialmente quando si verte in tema di misure di sicurezza detentive, come quella «segregante e totale»<sup>1</sup> del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ovvero del ricovero in casa di cura e di custodia.

La specificità di queste misure di sicurezza risiede, ovviamente, nella circostanza che esse sono previste nei confronti di persone che, per essere gravemente infermi di mente, non sono in alcun modo penalmente responsabili, e dunque non possono essere destinatari di misure aventi un contenuto anche solo parzialmente punitivo. La loro qualità di infermi richiede misure a contenuto terapeutico, non diverse da quelle che in generale si ritengono adeguate alla cura degli infermi psichici. D'altra parte la pericolosità sociale di tali per-

<sup>1</sup> cfr. Corte Cost., 18 luglio 2003, n. 253.

sone, manifestatasi nel compimento di fatti costituenti oggettivamente reato, e valutata prognosticamente in occasione ed in vista delle decisioni giudiziarie conseguenti, richiede ragionevolmente misure atte a contenere tale pericolosità e a tutelare la collettività dalle sue ulteriori possibili manifestazioni pregiudizievoli. Le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali si muovono inevitabilmente fra queste due polarità, ed in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 della Costituzione), in quanto rispondano contemporaneamente ad entrambe queste finalità, collegate e non scindibili, di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale. Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo "pericoloso"), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile.

Di più, le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente: e pertanto, ove in concreto la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ovvero quella del ricovero in casa di cura e custodia si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell'infermo, non la si potrebbe considerare giustificata nemmeno in nome di tali esigenze.

È noto che gli ospedali psichiatrici giudiziari, strutture che a metà degli anni '70 avevano sostituito i manicomi criminali, hanno cessato di esistere il 31 marzo 2015, secondo quanto stabilito dalla L. 30 maggio 2014, n. 81.

Nel tempo, la Corte Costituzionale si è trovata più volte di fronte a questioni volte o ad un intento meramente caducatorio, il cui accoglimento avrebbe condotto ad un vuoto di tutela, o più spesso a richiedere la introduzione di una nuova disciplina di creazione giurisprudenziale, non ancorata a contenuti normativi già esistenti: così che essa si è indotta a pronunciarne la infondatezza, o più spesso la inammissibilità, vuoi perché non disponeva degli strumenti necessari per intervenire nel senso indicato, vuoi perché le questioni prospettavano profili di fattuale inadeguatezza delle strutture di ricovero più che di inadeguatezza delle previsioni normative<sup>2</sup>.

È, tuttavia, significativo che in più occasioni la Corte abbia avvertito l'esigenza di indicare, là dove era possibile, soluzioni pratiche adeguate<sup>3</sup>, e soprattutto di esprimere la propria valutazione circa il «non soddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave (...) specie quando è incompatibile con l'unico tipo

di struttura custodiale oggi prevista»<sup>4</sup>, nonché circa l'opportunità di una «attenta revisione» dell'intera disciplina in questione, «sia alla stregua dei dubbi avanzati intorno all'istituto stesso dell'ospedale psichiatrico giudiziario, sia alla stregua di una valutazione relativa all'adeguatezza di tale istituzione in relazione ai mutamenti introdotti sin dalle leggi 13 maggio 1978, n. 180 e 23 dicembre 1978, n. 833 per il trattamento dei soggetti totalmente infermi di mente»<sup>5</sup>.

Solo nei confronti dei minori infermi di mente, la Corte ha potuto giungere alla caducazione della norma che anche nei loro riguardi prevedeva il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, facendo leva sulla necessità costituzionale di un trattamento differenziato dei soggetti minorenni<sup>6</sup>.

Non può, invero, ignorarsi come, per effetto di ripetute pronunce della Corte Costituzionale<sup>7</sup>, è principio ormai consolidato quello dell'esclusione di ogni automatismo nell'applicazione delle misure di sicurezza a carattere detentivo, «quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata». Tale principio, già affermato con la sentenza n. 253 del 2003 della Corte Costituzionale in relazione alla misura di sicurezza del ricovero nell'ospedale psichiatrico giudiziario, di cui all'art. 222 c.p., è stato espressamente richiamato dal Giudice delle leggi, con la sentenza n. 208 del 2009, con riferimento all'applicazione del ricovero in caso di cura e di custodia di cui all'art. 219 c.p.

Al riguardo, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 253 del 2003, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p., nella parte in cui non consente al giudice, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente ed a far fronte alla sua pericolosità sociale, aveva, in motivazione censurato «il vincolo rigido imposto al giudice di disporre comunque la misura detentiva (tale è il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario *ex art.* 215 c.p., comma 1, n. 3) anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica), "idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati" (art. 228 c.p., comma 2), appaia capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della

<sup>2</sup> cfr. Corte Cost., sentenza n. 139 del 1982; ordinanze n. 24 del 1985; n. 111 del 1990; n. 333 del 1994; n. 396 del 1994; sentenze n. 111 del 1996 e n. 228 del 1999; ordinanza n. 88 del 2001.

<sup>3</sup> cfr. Corte Cost., ordinanza n. 111 del 1990, relativa all'attiguo tema della misura del ricovero del seminfermo di mente in casa di cura e custodia.

<sup>4</sup> cfr. Corte Cost., sentenza n. 111 del 1996.

<sup>5</sup> cfr. Corte Cost., sentenza n. 228 del 1999.

<sup>6</sup> cfr. Corte Cost., sentenza n. 324 del 1998.

<sup>7</sup> cfr. Corte Cost., sentenza n. 208 del 2009; ordinanze nn. 226, 341 e 287 del 2008.

persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale».

L'automatismo nell'applicazione di una misura di sicurezza totalizzante imposto pur quando in concreto la stessa misura di sicurezza appaia inadeguata, viola esigenze essenziali di protezione dei diritti della persona, nella specie del «diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione», ed ha concluso affermando la necessità «di eliminare l'accennato automatismo, consentendo che, pur nell'ambito dell'attuale sistema, il giudice possa adottare, fra le misure che l'ordinamento prevede, quella che in concreto appaia idonea a soddisfare le esigenze di cura e tutela della persona, da un lato, di controllo e contenimento della sua pericolosità sociale dall'altro lato». Il principio enunciato di divieto di automatismo che caratterizzava l'applicazione della misura di sicurezza *ex* art. 222 c.p., è stato ribadito nella sentenza n. 367 del 2004 della Corte, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p., nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate ed a contenere la sua pericolosità sociale e con la sentenza n. 208 del 2009 nella quale i Giudici delle leggi hanno esteso il principio del divieto di automatismo anche con riferimento alla misura di sicurezza del ricovero in casa di cura e di custodia che è, a sua volta, misura di sicurezza detentiva e quindi segregante (art. 215 c.p., comma 2, n. 2), evidenziando, anche in questo caso, la violazione del principio di ragionevolezza e del diritto alla salute come svolte, in particolare, nella sentenza n. 253 del 2003, in assenza di differenze significative tra le due misure di sicurezza detentive, e richiamando il rilievo della dottrina della sostanziale identità concettuale tra vizio totale e vizio parziale di mente, il cui unico elemento differenziatore consiste nella diversa incidenza quantitativa esercitata sulla capacità d'intendere e di volere, esclusa nel caso di cui all'art. 88 c.p., e soltanto diminuita nel caso di cui all'art. 89 c.p.

Sulla scia dei principi affermati dal giudice delle leggi, si è inserito il percorso di superamento delle strutture O.P.G. che, avviato sin dal 2008, si è concluso nel 2014<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Già il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, successivamente convertito in l. 17 febbraio 2012, n. 9, aveva disposto all'art. 3-ter, la chiusura delle strutture per la data del 31 marzo 2013; tale disposizione è stata poi modificata dal d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito con modificazione dalla l. 30 maggio 2014, n. 81, che ha, così, modificato il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, art. 3-ter, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9, che ha così disposto: «1. Al d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, art. 3-ter, comma 4, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo periodo, le parole: «1 aprile 2014» sono sostituite dalle seguenti: «31 marzo 2015»; b) dopo il primo periodo sono aggiunti i seguenti: «Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfer-

Alla luce della disciplina, ora il giudice deve disporre nei confronti del seminfermo di mente e dell'infermo di mente anche in via provvisoria, una misura di sicurezza diversa dal ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia; si ricorre alle misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia solo se le altre misure non sono adeguate a far fronte alla pericolosità sociale del reo e sono applicate in strutture di esclusiva gestione sanitaria; la pericolosità sociale va accertata in base alle qualità soggettive della persona e non in base alle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo (art. 133 c.p., comma 2, n. 4); dal 1 aprile 2015 le misure di sicurezza del ricovero in O.P.G. e dell'assegnazione a casa di cura e custodia saranno eseguite presso strutture residenziali socio-sanitarie denominate Residenze per l'esecuzione della misura di sicurezza (Rems), come previsto dall'art. 3-ter – Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel D.L. n. 211 del 2011, relativo a interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri.

Infine, quanto ai presupposti applicativi, è una misura stabilita per gli autori di delitto non colposo, condannati ad una pena diminuita a causa dell'infermità psichica o della cronica intossicazione derivante da alcool o da sostanze stupefacenti oppure affetti da sordomutismo. La durata minima varia da sei mesi e tre anni e viene eseguita dopo che la pena detentiva è stata scontata o si è altrimenti estinta.

Tanto chiarito in ordine alla specificità degli istituti in rilievo, va ricostruito il modello procedimentale applicabile al caso in esame.

In primo grado il procedimento innanzi al Magistrato di Sorveglianza, in tema di misure di sicurezza, è regolamentato ai sensi dell'art. 666 c.p.p., norma espressamente richiamata dall'art. 678 c.p.p., comma 1.

Avverso la decisione del Magistrato di Sorveglianza in tema di misure di sicurezza ed in deroga a quanto previsto – in via generale – dall'art. 666 c.p.p., comma 6 (ricorribilità per cassazione) è dato appello nel merito, ai sensi dell'art. 680 c.p.p.

Tale articolo, al comma 3, espressamente prevede che si osservano le disposizioni generali sulle impugnazioni, ma l'appello non ha effetto sospensivo.

mo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133 c.p., comma 2, n. 4. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'art. 679 c.p.p. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

Ora, è del tutto evidente – anche in rapporto al *nomen juris* utilizzato – che la volontà del legislatore è quella di fornire un doppio grado di giurisdizione di merito in relazione al tema della applicazione e della proroga delle misure di sicurezza personali, posto che le stesse incidono su diritti della persona costituzionalmente garantiti e richiedono la ricostruzione di elementi di fatto oltre al conforto di conoscenze specialistiche.

In tale quadro, nulla autorizza a ritenere “derogabile” il diritto della parte privata sottoposta alla misura di sicurezza di ottenere la convocazione in udienza del perito - nominato dal giudice - al fine di realizzare l’esame dello stesso in contraddittorio.

Detto esame, peraltro, va ritenuto necessario in via generale anche in rapporto al principio di immediatezza essendo la perizia un mezzo di prova teso ad orientare il giudicante con l’apporto di conoscenze specialistiche.

Va, quindi, subito rilevato che la tesi esposta dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze per cui l’escussione del perito in tale tipologia di procedimenti andrebbe ricollegata all’esercizio di un potere discrezionale non appare ad una prima lettura in linea con la volontà del legislatore e con i principi contenuti nell’art. 111 Cost. .

Sull’argomento si rinvencono sparute sentenze della Corte di Cassazione ed anche di segno contrario. Infatti, secondo un primo orientamento<sup>9</sup>, non si applicano al procedimento di sorveglianza le regole che presiedono alla formazione della prova nel dibattimento penale.

Tuttavia, se è vero, da un lato, che in tale tipologia di procedimenti (concernenti le misure di sicurezza) non è in gioco la ricostruzione della responsabilità penale è altrettanto evidente, dall’altro, che l’incidenza delle valutazioni da compiersi sulla libertà personale rende necessaria l’adozione di idonee garanzie metodologiche nella raccolta della prova, ferma restando la utilizzabilità degli atti raccolti in via unilaterale dalla parte pubblica (procedimento che può, dunque, assimilarsi al rito abbreviato con integrazione probatoria).

Del resto, in tema di perizia, è stato affermato – in una non recente pronuncia – dalla Suprema Corte di Cassazione<sup>10</sup> che anche in sede di esecuzione e sorveglianza va garantito il rispetto del contraddittorio durante l’espletamento della perizia e, dunque, va garantito l’esercizio concreto dei poteri difensivi.

<sup>9</sup> cfr. Cass. pen., sez. I, 24 novembre 2010, n. 43487 secondo cui: «il rispetto della procedura prevista dagli artt. 220 e seguenti c.p.p., anche nel procedimento di sorveglianza, appare conforme alle esigenze di rispetto del contraddittorio, ma non sussiste alcuna possibilità di estendere al procedimento di sorveglianza le regole che presiedono al dibattimento penale quali quella di cui all’art. 511 c.p.p., comma 3, che, prevedendo la previa audizione dei periti, risponde ad esigenze di acquisizione degli atti in sede di dibattimento».

<sup>10</sup> cfr. Cass. pen., sez. I, 3643/1998, Rv. 211422, Tomelleri.

Infatti, il diritto dei difensori di assistere «alle perizie» era espressamente previsto dall’art. 304-*bis* del codice di procedura penale previgente e includeva indubbiamente la facoltà di presenziare a tutte le operazioni del perito<sup>11</sup>, nel corso delle quali potevano formulare a verbale istanze, osservazioni e riserve. La stessa facoltà era riconosciuta ai consulenti di parte ai sensi dell’art. 324 c.p.p.

Il codice di procedura penale del 1988, mentre contiene analoga e più dettagliata previsione per i consulenti di parte («possono partecipare alle operazioni peritali, proponendo al perito specifiche indagini» - art. 230, co. 2) non menziona direttamente ed esplicitamente i difensori.

Non sarebbe tuttavia conforme ai principi ispiratori del nuovo codice concluderne che il Legislatore del 1988 abbia ritenuto sufficientemente garantita la difesa nel corso delle operazioni del perito dalla sola, eventuale presenza del consulente di parte. Anzitutto, di tale non irrilevante innovazione non v’è traccia nei lavori preparatori; ad essa ostano ragioni sistematiche, in quanto il consulente integra, e non sostituisce la difesa tecnica, immanente in ogni fase del procedimento, quando occorrono specifiche competenze scientifiche, artistiche o tecnologiche (né, in caso di mancata nomina fiduciaria, è prevista per i consulenti, diversamente da quanto avviene per il difensore, una obbligatoria prestazione dell’assistenza su designazione d’ufficio).

In realtà, la mancata menzione delle facoltà difensive in corso di perizia deve ritenersi legata ai caratteri di oralità e almeno tendenziale immediatezza (cfr. art. 227 c.p.p.) che caratterizzano nel nuovo processo tale mezzo di prova, di regola assunto nel giudizio alla presenza delle parti.

Del resto, nei casi in cui prima del dibattimento vengono espletate indagini tecniche destinate ad essere in esso utilizzate, la facoltà del difensore di assistere alle operazioni è espressamente menzionata: cfr. l’art. 360, co. 3, riguardo agli accertamenti non ripetibili del P.M. e arg. *ex art.* 403 c.p.p. nel caso di perizia assunta nell’incidente probatorio.

Ne segue che, nel giudizio di cognizione, l’esclusione del difensore che abbia richiesto di partecipare alle operazioni peritali dà luogo, indipendentemente dalla presenza o meno dei consulenti di parte, a nullità di ordine generale attinente all’assistenza dell’imputato. Tale conclusione va estesa al patrocinio dell’interessato nei procedimenti di esecuzione e sorveglianza, nei quali, se l’espletamento della perizia non è soggetto a particolari formalità (art. 185 delle norme di attuazione) deve pur sempre essere garantito il rispetto del contraddittorio e dei connessi poteri difensivi (art. 666, co. 5, c.p.p.<sup>12</sup>).

<sup>11</sup> cfr. Cass. pen., sez. V, 11.11.1978 in *Mass.* 1980, 185.

<sup>12</sup> cfr., per applicazioni del principio a casi di specie, Cassazione penale, sez. I, 21 ottobre 1993, Ragusa; 3 aprile 1996, Balistreri.

Pertanto, a fronte della precisa volontà del difensore (privo di consulente), manifestata nel senso di partecipare alle operazioni peritali, anche se di natura medico-legale, il giudice deve provvedere (pena la nullità della perizia espletata) ad assicurare alla difesa dell'imputato, con gli opportuni provvedimenti, l'estrinsecazione del suo pieno diritto, il quale non può certo essere qualitativamente inferiore al «potere di richiesta, osservazione e riserva» che l'art. 230 c.p.p., comma 2 attribuisce al consulente tecnico di parte, che partecipi e sia presente alle attività del perito indicate nell'art. 228 c.p.p.

Solo di recente la Cassazione<sup>13</sup> ha ripreso tale non recente orientamento, all'uopo ritenendo di limitare «anche in rapporto all'oggetto del procedimento, la considerazione di obbligatorietà dell'ascolto del perito nei soli casi di procedimento relativo alle misure di sicurezza personali». La Suprema Corte ha, dunque, finalmente esteso l'applicazione al procedimento di sorveglianza delle regole che presiedono alla formazione della prova nel dibattimento penale.

E allora, in virtù della chiara disposizione dettata dall'art. 511 c.p.p., comma 3, in applicazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, l'acquisizione nel giudizio dibattimentale della relazione peritale, da effettuarsi mediante lettura o mediante specifica indicazione di utilizzabilità, deve essere preceduta dall'esame del perito.

Il complesso delle disposizioni dedicate all'argomento rende evidente che l'esame del perito e il suo controesame da parte della difesa costituiscono altrettanti momenti indefettibili del procedimento di formazione della prova peritale, costituente il mezzo di prova neutro, sottratto al potere dispositivo della parti, attraverso il quale il sapere tecnico-scientifico penetra nel processo, allo scopo di integrare, nell'accertamento del fatto, il patrimonio di conoscenze del giudice come uomo di comune cultura; l'esposizione orale, invero, conferisce compiutezza alla prova, la rende conforme al modello dibattimentale (che, come visto, si estende anche al procedimento di esecuzione e di sorveglianza) e legittima l'inserimento degli atti nel fascicolo per il dibattimento.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte<sup>14</sup>, invero, l'inosservanza della citata disposizione, incidendo sull'esercizio del diritto di difesa, determina una nullità che ricade tra quelle di ordine generale a regime intermedio previste dall'art. 178 c.p.p., lett. c).

In conclusione, si può senz'altro ritenere che anche in tema di procedimento di primo e di secondo grado finalizzato alla applicazione o alla proroga di misure di sicurezza personali, lì dove sia disposta – dal Magistra-

to di Sorveglianza o dal Tribunale in secondo grado – una perizia, non è consentita l'acquisizione della relazione peritale se non dopo l'esame del perito, analogamente a quanto previsto dagli artt. 501 e 511 c.p.p. .

Pertanto, nel procedimento in esame non poteva omettersi l'esame del perito, peraltro oggetto di specifica richiesta della parte, e ciò ha, quindi, determinato un vizio rilevante del procedimento di secondo grado per violazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c.

<sup>13</sup> cfr. Cass. pen., sez. I, 11.10.2016, (ud. 11.10.2016, dep. 15.12.2016), n. 53415.

<sup>14</sup> cfr. Cass. pen., sez. 1, 19.3.2004 n. 20927, D'Anna, Rv. 228981; sez. VI, n. 25807 del 14 marzo 2014, Rv. 259200.

Elia Scafuri  
Avvocato

## Diritto processuale amministrativo

### Sulla ammissibilità del ricorso amministrativo notificato in forma cartacea dopo il 1° gennaio 2017

#### abstract

*The administrative petition which has been notified after 1 January 2017 in hard copy and signed in ink, not digitally, in violation of art. 136, par. 2-bis, c.p.a.: inadmissibility and possible regularization of petition.*

#### keywords

*Administrative electronic trial – Art. 136, par. 2-bis, c.p.a. – Inadmissibility.*

#### abstract

*Il ricorso amministrativo notificato dopo il 1 gennaio 2017, in forma cartacea e con firma a penna e, dunque, non in via telematica come previsto dall'art. 136, comma 2-bis, c.p.a.: inammissibilità e passibilità di sanatoria dell'atto introduttivo.*

#### parole chiave

*Procedimento amministrativo digitale (PAT) – Art. 136, comma 2-bis, c.p.a. – Inammissibilità.*

Il *focus* trae origine da una recente sentenza del Tar Napoli, sez. II, n. 1053/2017 del 22 febbraio 2017, con la quale il Collegio partenopeo è nuovamente tornato ad esprimersi in materia di rispetto delle regole del processo amministrativo telematico (d'ora in avanti anche PAT, per brevità), intervenendo – in particolare – sulla violazione del comma 2-bis dell'art. 136 (rubricato “Disposizioni sulle comunicazioni e sui depositi informatici”) del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in G.U. 7 luglio 2010, c.d. c.p.a.) da parte del ricorrente.

È noto che lo scorso mese di gennaio ha dato il via libera al processo amministrativo telematico, la cui disciplina si applica ai ricorsi depositati, in primo o in secondo grado, dalla data del 1 gennaio 2017 in avanti. Diversamente, ai ricorsi depositati anteriormente a tale data, fino all'esaurimento del grado di giudizio nel quale i giudizi risultano pendenti alla stessa data, continua ad applicarsi la disciplina previgente al PAT.

Com'è stato acutamente osservato in dottrina, il processo telematico non ha introdotto un nuovo

modello processuale, ma solo una nuova forma di comunicazione tra i soggetti<sup>1</sup>. È evidente, dunque, che impattando il processo telematico sulla validità e sull'efficacia degli atti processuali, in caso di violazione delle norme tecniche o delle prescrizioni in materia di ricorso alle forme digitali o cartacee, laddove queste ultime residuino, i Giudici amministrativi si trovano ad affrontare le problematiche relative al principio di strumentalità delle forme processuali (ex art. 121 c.p.c.) e all'applicabilità dell'art. 156 c.p.c. (Rilevanza della nullità).

Appare doverosa, a meri fini chiarificatori, una breve premessa in materia di carattere normativo.

L'evoluzione e la concreta implementazione del principio del *digital first* nell'azione amministrativa – sfociate, negli ultimi anni, nella digitalizzazione della P.a. e del procedimento amministrativo – hanno portato alla una graduale previsione dell'esercizio telematico della funzione giurisdizionale<sup>2</sup>. Se in un primo momento tale previsione investiva il solo ambito civilistico, successivamente è stata estesa anche al processo amministrativo, contabile e tributario, fino alla messa a punto – in un futuro che si auspica prossimo – del processo penale telematico.

Con particolare riguardo alla giustizia amministrativa, per quanto qui di interesse, già il d.P.R. n. 123/2001 (d.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123, Regolamento recante l'uso degli strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, in G.U. n. 89, 17 aprile 2001) aveva previsto all'art. 4 la possibilità che gli atti del processo fossero formati e compiuti con documenti informatici e sottoscritti con firma digitale.

Successivamente, l'art. 44, c. 2, lett. a) della legge n. 69/2009 (legge 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, in G.U. 140 del 19 giugno 2009) ha delegato il Gover-

<sup>1</sup> Per un'ampia panoramica in materia, v.: PISANO, *Manuale di teoria e pratica del processo amministrativo telematico*, Milano, 2013; FERRARI, *il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative, Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015.

<sup>2</sup> MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, del 4 ottobre 2016, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

no ad adottare, tra gli altri, successivi decreti legislativi volti ad «(...) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche (...)».

Il legislatore amministrativo, nel testo del 2010 (c.p.a.) – pure adottato in attuazione della legge delega del 2009 – ha tuttavia introdotto nel corpo del Codice poche norme isolate dedicate al processo amministrativo telematico (Titolo IV, Processo amministrativo telematico, artt. 13 e 13-ter; 25, Domicilio; 52, Termini e forme speciali di notificazione; 133, Materie di giurisdizione esclusiva; 136, Disposizioni sulle comunicazioni e sui depositi informatici), rinviando espressamente (*ex art. 13 c.p.a.*) la compiuta regolamentazione del processo telematico all'adozione, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di regole di natura tecnica in materia.

Pertanto, con d.P.C.M. n. 40/2016 (Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 febbraio 2016, n. 40, Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, in G.U. Serie Generale n. 67 del 21 marzo 2016) è stato finalmente adottato il Regolamento concernente le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico.

Com'è noto, tale regolamento fissava l'avvio del PAT alla data del 1 luglio 2016. Tuttavia, il successivo d.l. 117/2016 (decreto-legge 30 giugno 2016, n. 117, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative in materia di processo amministrativo telematico, in G.U. Serie Generale n.151 del 30 giugno 2016, convertito con modificazioni dalla legge 12 agosto 2016, n. 161, in G.U. 23 agosto 2016, n. 196) ha procrastinato siffatto avvio alla data del 1 gennaio 2017<sup>3</sup>. Ciò affinché nel lasso temporale intercorrente tra le due date venisse effettuata un'adeguata sperimentazione per testare la procedura e la tenuta delle infrastrutture, onde assicurare la perfetta funzionalità di tutto il sistema alla nuova scadenza stabilita dal legislatore<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. d.l. n. 117/2016, art. 1, rubricato "Proroga di termini in materia di processo amministrativo telematico", comma 1: «All'articolo 38, comma 1-bis, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, e successive modificazioni, le parole: «dal 1° luglio 2016» sono sostituite dalle seguenti: «dal 1° gennaio 2017». 2. All'articolo 13, comma 1-bis, delle norme di attuazione di cui all'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e successive modificazioni, le parole: «fino alla data del 30 giugno 2016» sono sostituite dalle seguenti: «fino alla data del 31 dicembre 2016» (...).

<sup>4</sup> Invero, il periodo di sperimentazione ha avuto luogo tra il 10 ottobre 2016 e il 30 novembre 2016 (decreto del Segretario generale della giustizia amministrativa n. 106 del 12 settembre 2016, Regolamento sulle regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, concernente la comunicazione di avvio della sperimentazione del P.A.T. dal 10 ottobre al 30 novembre 2016, in G.U. n. 217 del 16 settembre 2016). Tuttavia, contestualmente alla suddetta sperimentazione era già in funzione il sistema di sottoscrizione mediante firma digitale

Ancora, successivamente, il d.l. 168/2016 (decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168, Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa, in G.U. Serie Generale n. 203 del 31 agosto 2016, convertito con modificazioni dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197, in G.U. 29 ottobre 2016, n. 254) ha apportato – in vista dell'avvio del PAT – significative modifiche al codice del processo amministrativo e alle relative norme di attuazione, al fine di risolvere alcune incongruenze normative e di prevenire possibili difficoltà operative.

In particolare, l'art. 7 della citata normativa ha innovato gli artt. 25 e 136 c.p.a., nonché le norme di attuazione del codice (artt. 3, 4, 5 e 13) per garantire un coordinamento con le regole tecnico-operative per l'attuazione del PAT dettate dal suddetto d.P.C.M. n. 40/2016 introducendo, altresì, specifiche disposizioni che, pur senza fare uso della tecnica della novellazione, hanno comunque inciso sulla disciplina del PAT.

Parallelamente occorre osservare che il Codice dell'Amministrazione digitale (decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale, in G.U. n.112 del 16 maggio 2005-Suppl. Ordinario n. 93; d'ora in avanti, per brevità, anche CAD) si applicava, com'è noto, esclusivamente alle Pubbliche Amministrazioni e non anche all'attività giurisdizionale.

L'ambito di applicazione della normativa è stato recentemente esteso dall'art. 2, comma 6, del d.lgs. 179/2016 (attuativo della "legge Madia"; Decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, in G.U. n. 214 del 13 settembre 2016) «(...) al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico».

In particolare, occorre osservare che l'espresso riferimento al procedimento amministrativo, per quanto qui di interesse, deriva dall'orientamento in tal senso del Supremo consesso amministrativo, sollecitato per un parere preventivo<sup>5</sup>. Trattasi di un'innovazione di non poco momento se sol si pensi che quando, in passato, non era possibile ricondurre l'esercizio della funzione giurisdizionale alla nozione di amministrazione pubblica, le disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale assumevano la sola valenza di disposizioni di principio.

dei provvedimenti del giudice, volto a velocizzare le procedure di deposito e di pubblicazione delle decisioni.

<sup>5</sup> Cfr. Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 785, reso nell'Adunanza del 17 marzo 2016. E invero, nello schema di decreto si faceva riferimento esclusivamente al processo civile e penale.

In ogni caso, va osservato che le modifiche all'articolo 21, c. 2, del CAD (ad opera del suddetto d.lgs. 179/2016) hanno fatte salve «le disposizioni concernenti il deposito degli atti e dei documenti in via telematica secondo la normativa anche regolamentare in materia di processo telematico».

Pertanto occorre analizzare il dato testuale dell'art. 136 c.p.a., rubricato “Disposizioni sulle comunicazioni e sui depositi informatici”, come da ultimo modificato reca.

Il c. 2 della norma in questione dispone che: «I difensori, le parti nei casi in cui stiano in giudizio personalmente e gli ausiliari del giudice depositano tutti gli atti e i documenti con modalità telematiche. In casi eccezionali, anche in considerazione della ricorrenza di particolari ragioni di riservatezza legate alla posizione delle parti o alla natura della controversia il presidente del tribunale o del Consiglio di Stato, il presidente della sezione se il ricorso è già incardinato o il collegio se la questione sorge in udienza possono dispensare, previo provvedimento motivato, dall'impiego delle modalità di sottoscrizione e di deposito di cui al comma 2-*bis* ed al primo periodo del presente comma; in tali casi e negli altri casi di esclusione dell'impiego di modalità telematiche previsti dal decreto di cui all'articolo 13, comma 1, delle norme di attuazione, si procede al deposito ed alla conservazione degli atti e dei documenti».

Il successivo comma 2-*bis*, qui in rilievo, prevede inoltre che «Salvi i casi di cui al c.2, tutti gli atti e i provvedimenti del giudice, dei suoi ausiliari, del personale degli uffici giudiziari e delle parti sono sottoscritti con firma digitale. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

E ancora, il comma 2-*ter* chiarisce che: “Quando il difensore deposita con modalità telematiche la copia informatica, anche per immagine, di un atto processuale di parte, di un provvedimento del giudice o di un documento formato su supporto analogico e detenuto in originale o in copia conforme, attesta la conformità della copia al predetto atto mediante l'asserzione di cui all'articolo 22, comma 2, del «codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Analogo potere di attestazione di conformità è esteso agli atti e ai provvedimenti presenti nel fascicolo informatico, con conseguente esonero dal versamento dei diritti di copia. Resta escluso il rilascio della copia autentica della formula esecutiva ai sensi dell'articolo 475 del codice di procedura civile, di competenza esclusiva delle segreterie degli uffici giudiziari. La copia munita dell'attestazione di conformità equivale all'originale o alla copia conforme dell'atto o del provvedimento. Nel compimento dell'attestazione di conformità di cui al presente comma i difensori assumono ad ogni effetto la veste di pubblici ufficiali»<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Il d.l. 168/2016 ha attribuito agli avvocati, in veste di pubblici

Tanto premesso, come si diceva poco sopra, è evidente che alla luce della nuova disciplina introdotta, i Giudici amministrativi si trovino ora ad affrontare una serie di problematiche derivanti dalla violazione delle norme tecniche o delle prescrizioni in materia di ricorso alle forme digitali o cartacee. Anche in tal senso si pone la scelta del legislatore (d.l. n. 168) di prevedere lo strumento – mutuato dall'ordinamento francese – della rimessione *per saltum* all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato per risolvere le questioni concernenti il PAT.

Tuttavia, com'è noto, siffatte problematiche sono state già affrontate, ed in parte risolte, dai giudici ordinari. Sul punto occorre osservare che mentre la giurisprudenza civilistica ha unanimemente ammesso l'ammissibilità del deposito telematico anche degli atti introduttivi del giudizio (sebbene tale modalità non sia prevista come obbligatoria, in applicazione degli artt. 121 e 156 c.p.c.<sup>7</sup>), ancora controversa risulta la questione dell'atto processuale depositato in formato pdf-immagine o comunque non rispondente alle specifiche tecniche. E invero la giurisprudenza, mostrandosi del tutto oscillante, talvolta ha dichiarato la nullità insanabile dell'atto, talaltra ha ammesso la rinnovazione del deposito, fino a ritenere, in qualche caso, che tale ipotesi configurasse una mera irregolarità dell'atto processuale<sup>8</sup>.

Premesso che in materia di forma e nullità degli atti processuali il codice del rito amministrativo opera un espresso rinvio ai sensi dell'art. 39, comma 1, c.p.a., che rimanda alle disposizioni processualcivilistiche in materia, ovvero all'art. 121 c.p.c. e agli artt. 156 e 157 c.p.c., la prassi sta registrando soluzioni difformi.

Vi è chi ritiene che poiché dal 1 gennaio 2017 gli atti di parte – il ricorso introduttivo, in particolare – non possano che essere redatti, originariamente, in forma digitale, gli stessi non possano più avere forma analogica, ancorché degli stessi si possa produrre una copia digitale.

Taluni, pertanto, una volta creato originariamente il ricorso in formato digitale, dopo averlo digitalmente firmato, al momento della notifica appongono all'atto una sorta di attestazione, che avrebbe lo scopo di asseverare che ciò che viene, analogicamente, notificato

ufficiali, il potere di asseverare, ai sensi dell'articolo 22, comma 2, del codice dell'amministrazione digitale, la conformità agli originali delle copie informatiche per immagine che sono state depositate. Le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono estratte (comma 2-*ter* dell'articolo 136 del c.p.a.).

<sup>7</sup> Vedasi, *ex multis*, Cassazione, sez. II, sentenza 12 maggio 2016 n. 9772.

<sup>8</sup> Cfr. Trib. Roma, 13 luglio 2014; Trib. Livorno, 25 luglio 2014; Trib. Udine, 28 luglio 2014; Trib. Vercelli, 4 agosto 2014, in: FERRARI, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, op. cit.

è conforme all'originale digitale<sup>9</sup>. Altri, invece, discostandosi da siffatta prassi ricorrono a quella del c.d. "doppio originale" confezionando sia un originale analogico che un originale digitale e destinando il primo alla notificazione e, solo successivamente, attestando la reciproca conformità dei due originali. Tale uso crea però incertezza su quale sia il vero originale, lasciando inalterato il problema dell'asseverazione dell'originale analogico all'originale digitale.

Alla luce di tanto, è interessante esaminare la recente sentenza del Tar partenopeo (sez. II, n. 1053/2017) in cui il Collegio si è espresso sull'eccezione d'inammissibilità del ricorso sollevata proprio con riferimento al rispetto delle regole del processo amministrativo telematico, superandola alla luce dell'ampia panoramica delle posizioni giurisprudenziali in materia.

A meri fini chiarificatori occorre specificare che parte ricorrente (in qualità di operatore economico concorrente di una procedura di appalto bandita da un ente pubblico) notificava due versioni di un ricorso introduttivo – di cui (solo) la seconda contenente una domanda risarcitoria – entrambe sottoscritte mediante firma autografa e, successivamente, notificate a mezzo del servizio postale.

La società controinteressata (ditta aggiudicatrice dell'appalto) eccepeva l'inammissibilità dei suddetti ricorsi, asserendo che: gli atti notificati fossero stati firmati a penna dal ricorrente; non vi fosse attestazione di conformità ai sensi dell'art. 22 del Codice dell'Amministrazione digitale<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Si pone il dubbio di comprendere come debba essere giustificata, in tal caso, l'autenticazione della procura speciale la quale – dovendo essere allegata al ricorso o alla memoria di costituzione (art. 83 c.p.c.) – se rilasciata in forma analogica, non può evidentemente essere "spillata" all'originale digitale e ad un supporto magnetico. Così come è altrettanto incerto se il potere di asseverazione la conformità di un atto analogico ad un originale digitale sia riconosciuto, nel processo amministrativo, al difensore. V: VOLPE, *Per la chiarezza di idee sulla forma digitale dell'atto processuale dopo l'entrata in vigore del p.a.t.*, in *lexItalia.it*, n. 2/2017 del 16 febbraio 2017.

<sup>10</sup> Art. 22 del Codice dell'Amministrazione Digitale (Copie informatiche di documenti analogici): «1. I documenti informatici contenenti copia di atti pubblici, scritture private e documenti in genere, compresi gli atti e documenti amministrativi di ogni tipo formati in origine su supporto analogico, spediti o rilasciati dai depositari pubblici autorizzati e dai pubblici ufficiali, hanno piena efficacia, ai sensi degli articoli 2714 e 2715 del codice civile, se ad essi è apposta o associata, da parte di colui che li spedisce o rilascia, una firma digitale o altra firma elettronica qualificata. La loro esibizione e produzione sostituisce quella dell'originale. 2. Le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono estratte, se la loro conformità è attestata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, con dichiarazione allegata al documento informatico e asseverata secondo le regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71. 3. Le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 71 hanno la stessa

*In primis*, il Tar partenopeo ha rilevato come agli atti del giudizio non risultassero gli originali informatici dei ricorsi notificati: in altre parole, al di là dei predetti documenti cartacei, la cui copia in formato digitale era stata depositata in giudizio, non esistevano degli esemplari che, sottoscritti con firma digitale prima della relativa notifica, costituissero un originale informatico di cui l'atto analogico (ovvero cartaceo) rappresentava una mera copia conforme.

Tanto premesso, partendo dal dato testuale dell'art. 136 c.p.a., comma 2-*bis* – per il quale, lo si ripete, tutti gli atti delle parti devono essere sottoscritti con firma digitale (al netto delle eccezioni evidentemente non applicabili al caso di specie) – il Collegio ha ricordato che tale previsione ha superato, in definitiva, quanto precedentemente previsto dal d.l. 168/2016 (poi convertito in legge 25 ottobre 2016, n. 197), il quale prevedeva solo la eventualità che gli atti fossero sottoscritti con firma digitale. Una disposizione normativa, dunque, contenente "un'espressa disposizione sulla forma".

A conferma di tanto, il Tar ha richiamato l'art. 9 del suddetto d.P.C.M. n. 40/2016 che, facendo eco al legislatore, ha stabilito che «(...) salvo diversa espressa previsione, il ricorso introduttivo, le memorie, il ricorso incidentale, i motivi aggiunti e qualsiasi altro atto del processo, anche proveniente dagli ausiliari del giudice, sono redatti in formato di documento informatico sottoscritto con firma digitale conforme ai requisiti di cui all'articolo 24 del CAD»<sup>11</sup>.

efficacia probatoria degli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale non è espressamente disconosciuta. 4. Le copie formate ai sensi dei commi 1, 2 e 3 sostituiscono ad ogni effetto di legge gli originali formati in origine su supporto analogico, e sono idonee ad assolvere gli obblighi di conservazione previsti dalla legge, salvo quanto stabilito dal comma 5. 5. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri possono essere individuate particolari tipologie di documenti analogici originali unici per le quali, in ragione di esigenze di natura pubblicistica, permane l'obbligo della conservazione dell'originale analogico oppure, in caso di conservazione sostitutiva, la loro conformità all'originale deve essere autenticata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato con dichiarazione da questi firmata digitalmente ed allegata al documento informatico" (il comma 6 è stato abrogato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179).

<sup>11</sup> L'art. 24, rubricato "Firma digitale", reca: "1. La firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto ed al documento o all'insieme di documenti cui è apposta o associata. 2. L'apposizione di firma digitale integra e sostituisce l'apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi di qualsiasi genere ad ogni fine previsto dalla normativa vigente. 3. Per la generazione della firma digitale deve adoperarsi un certificato qualificato che, al momento della sottoscrizione, non risulti scaduto di validità ovvero non risulti revocato o sospeso. 4. Attraverso il certificato qualificato si devono rilevare, secondo le regole tecniche (di cui all'articolo 71), la validità del certificato stesso, nonché gli elementi identificativi del titolare e del certificatore e gli eventuali limiti d'uso. (4-*bis*. L'apposizione a un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione,

Alla luce di tali innovazioni il Collegio ha concluso ritenendo che nell'attuale sistema sembra essere venuta meno, in quanto non più prorogata, la possibilità di avvalersi della sottoscrizione autografa degli atti processuali. Sul punto è facile osservare che, se da un lato la legge 12 agosto 2016, n. 161, (di conversione del d.l. 30 giugno 2016, n. 117, avente ad oggetto la proroga di termini relativi al PAT), introduceva all'art. 2 il comma 1-*bis* che consentiva, fino al 31 marzo 2017, l'applicazione delle disposizioni previgenti, rendendo senz'altro ancora possibile sottoscrivere gli atti in modo tradizionale; dall'altro tale comma veniva espressamente abrogato dall'art. 7, c. 8, del d.l. n. 168 del 2016 (convertito con l. n. 197/2016).

Tanto premesso il Tar partenopeo ha ricordato come, a fronte dell'obbligo disposto dal comma 2-*bis* dell'art. 136 c.p.a., la prescrizione in esame non parli di "copie di atti o provvedimenti" e, pertanto, difficilmente potrebbe essere riferita ad una «(...) forma strumentale al deposito delle copie, invece che ad un elemento di forma sostanziale dettato per l'identificazione della provenienza del documento, frutto di una scelta legale sulla rilevanza giuridica di un tipo di sottoscrizione, anziché di un altro, nel contesto di cui si discute (il processo amministrativo)».

Né in senso inverso potrebbero deporre, ad avviso del Collegio giudicante:

- la rubrica del richiamato art. 136 c.p.a.;
- il dettato testuale del successivo comma 2-*ter* della norma in parola.

Con riguardo alla circostanza *sub a)*, l'articolo è rubricato "Disposizioni sulle comunicazioni e sui depositi informatici". Tuttavia, è facile osservare in chiave esegetica che quest'ultimo avesse un significato originariamente diverso: la facoltizzazione all'uso della firma digitale consentiva di provvedere al deposito di atti e documenti in via telematica senza passare attraverso la procedura più complessa prevista nello stesso articolo per le copie di documenti formati su supporto analogico.

Con riguardo, poi, alla circostanza *sub b)* il dettato del comma 2-*ter* lascia presupporre la possibilità

---

salvo che lo stato di sospensione sia stato annullato. La revoca o la sospensione, comunque motivate, hanno effetto dal momento della pubblicazione, salvo che il revocante, o chi richiede la sospensione, non dimostri che essa era già a conoscenza di tutte le parti interessate. 4-*ter*. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche se la firma elettronica è basata su un certificato qualificato rilasciato da un certificatore stabilito in uno Stato non facente parte dell'Unione europea, quando ricorre una delle seguenti condizioni: a) il certificatore possiede i requisiti previsti dal regolamento eIDAS ed è qualificato in uno Stato membro; b) il certificato qualificato è garantito da un certificatore stabilito nella Unione europea, in possesso dei requisiti di cui al medesimo regolamento; c) il certificato qualificato, o il certificatore, è riconosciuto in forza di un accordo bilaterale o multilaterale tra l'Unione europea e Paesi terzi o organizzazioni internazionali.».

che esistano atti processuali di parte, di provvedimenti del giudice o di documenti ancora formati su supporto analogico per i quali si ponga la problematica del deposito con modalità telematiche di una (loro) copia informatica. Sul punto il Collegio ha rilevato che «Nulla, (...), in tale disposizione, potrebbe consentire di concludere che essa si riferisca, necessariamente, anche ad atti processuali o provvedimenti giurisdizionali nuovi, anziché soltanto al deposito di atti e provvedimenti precedenti all'obbligatorietà della firma digitale (atti di data certa anteriori, legittimamente formati in analogico)».

Ed infatti, ad avviso del Tar, se si volesse ritenere l'applicabilità di tale disposizione anche ad atti processuali o a provvedimenti giurisdizionali "nuovi", si finirebbe per cadere in un'interpretazione manipolatrice del comma 2-*bis* dell'art. 136 c.p.a. E, pertanto, seguendo tale "interpretazione manipolatrice", anche il giudice, tra gli altri soggetti interessati dal comma 2 *bis*, sarebbe libero di scegliere se sottoscrivere a mano i propri atti e provvedimenti, senza che però, stavolta, il comma 2-*ter* si sarebbe preoccupato di disciplinarne le modalità del successivo deposito telematico.

A conferma di tanto, ovvero nel senso che occorre distinguere tra forme di sottoscrizione e forme di deposito, depone – ad avviso del Collegio – anche il comma 2 dello stesso art. 136 c.p.a., che riconosce al giudice il potere di «(...) dispensare, previo provvedimento motivato, dall'impiego delle modalità di sottoscrizione e di deposito di cui al comma 2-*bis* ed al primo periodo del presente comma». E dunque:

- il comma 2-*bis* sembrerebbe riferibile al solo aspetto della forma della sottoscrizione;
- diversamente, il primo periodo del comma 2 parrebbe riferibile al deposito di atti e documenti con modalità telematiche.

In definitiva, come conclude il Tar partenopeo, mentre l'intervento contestuale sul comma 2-*bis* dell'art. 136 c.p.a. e sul comma 1-*bis* dell'art. 2 del testo convertito in legge del d.l. n. 177 del 2016 segnano indiscutibilmente l'abbandono del sistema transitorio, non paiono esservi sufficienti elementi testuali o sistematici per dequotare la prescrizione sulla firma digitale di tutti gli atti e provvedimenti inerenti al processo amministrativo telematico ad una mera forma strumentale valida unicamente per il loro deposito, anziché ad una forma univocamente prescritta dal legislatore come mezzo di inequivoca imputazione dell'atto al suo autore a fini sostanziali. «Di conseguenza, in virtù del combinato disposto con le predette disposizioni, la prescrizione dell'art. 40 c.p.a., in base al quale il ricorso deve contenere la sottoscrizione del ricorrente, se sta in giudizio personalmente, o del difensore munito di procura speciale, dovrebbe intendersi ora riferita alla sottoscrizione mediante firma digitale. E lo stesso, dunque, dovrebbe dirsi in re-

lazione all'art. 44, comma 1 lett. a), c.p.a., per il quale il ricorso è nullo se manca la sottoscrizione»<sup>12</sup>.

La questione sottoposta al Collegio, sebbene sostanzialmente nuova in giurisprudenza, ha già dato luogo a significativi contrasti giurisprudenziali tali da legittimarne la rimessione all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (a norma dell'art. 13-*bis* dell'allegato 2 c.p.a.). Tuttavia non mancano pronunce in materia:

- su un versante, i Giudici amministrativi (seppur *incidenter tantum*), a proposito della mancata sottoscrizione del ricorso (e della domanda di fissazione di udienza con firma digitale), hanno sostenuto che tale formalità sia "essenziale ai fini della validità e certezza delle riferibilità dell'atto processuale al difensore", paventando un'ipotesi di inesistenza o comunque di nullità assoluta dell'atto, con conseguente inammissibilità del ricorso<sup>13</sup>;
- sull'altro, hanno invece applicato il principio della sanatoria del ricorso per raggiungimento dello scopo.

In questo senso, sulla sanabilità dell'atto introduttivo, si è recentemente espresso il Tar Catanzaro (sez. I, 10 febbraio 2017, n. 175). Nella specie, il ricorso depositato consisteva nella copia digitale per immagini di un atto cartaceo, in violazione dell'art. 136, comma 2-*bis* c.p.a. e dell'art. 9, comma 1, del d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40. Tuttavia, il ricorso era stato comunque sottoscritto con firma digitale. Pertanto, il Collegio rilevava che sebbene l'atto depositato fos-

se sicuramente difforme dal modello delineato dalla normativa vigente, tale difformità non si traducesse in una nullità, avendo l'atto raggiunto il suo scopo (art. 156, comma 3, c.p.c.). Ciò in quanto «(...) il rilievo di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme di rito non è volto a tutelare l'interesse all'astratta regolarità del processo, ma a garantire solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della rilevata violazione (cfr. Cass. civ., sez. un., 18 aprile 2016, n. 7665)».

In altre parole, dato che:

- vi era la certezza della paternità dell'atto depositato, in quanto attribuibile al difensore che lo aveva sottoscritto digitalmente;
- il ricorso, nel formato depositato, risultava leggibile alle parti e allo stesso Collegio;
- non era apprezzabile alcuna lesione per il diritto di difesa delle parti;
- l'Organo giudicante propendeva per l'ammissibilità dello stesso.

Sulla stessa scia della sentenza ora richiamata e alla luce delle analoghe pronunce in campo civilistico, il Tar partenopeo nella recente sentenza n. 1053/2017 sembra muovere un ulteriore passo in avanti, superando la preliminare eccezione di inammissibilità del ricorso notificato dopo il 1 gennaio 2017 in forma cartacea e, dunque, non firmato digitalmente.

E invero, il Collegio a conclusione dell'*iter* logico posto in essere, ha ricordato come sebbene la mancanza assoluta della sottoscrizione del ricorso comporti la nullità assoluta e insanabile dell'atto stesso – nel processo civile, secondo l'opinione preferibile, la sua inesistenza – per prevalente indirizzo giurisprudenziale, tale rigorosa conclusione non sia giustificabile allorché dalla copia dell'atto notificato, sebbene priva della sottoscrizione del difensore, sia possibile desumere, sulla scorta degli elementi in essa contenuti (ad esempio, in base alla sottoscrizione per autentica della procura in calce), la provenienza da un procuratore abilitato munito di mandato (cfr. Cass., sez. VI, 20 gennaio 2011, n. 1275, la quale tiene fermo che «la sottoscrizione è elemento indispensabile per la formazione fenomenica dell'atto stesso»).

Tornando al caso di specie, non sussistendo dubbi circa la possibilità di poter ancora ricorrere alle formalità tradizionali di notificazione del ricorso, nonostante l'avvio del processo amministrativo telematico, e rilevato che:

- l'atto cartaceo notificato alle altre parti recava non soltanto l'autenticazione in calce del mandato, ma le relazioni di notifica redatte e sottoscritte (in maniera autografa, ma in questo caso senz'altro legittima) dal difensore;
- l'atto notificato appariva inequivocabilmente riferibile al difensore;
- inoltre, il difensore del ricorrente aveva dichiarato a verbale di voler rinunciare alla domanda risarci-

<sup>12</sup> L'art. 44 c.p.a. prevede che "il ricorso è nullo: a) se manca la sottoscrizione; b) se, per l'inosservanza delle altre norme prescritte nell'articolo 40, vi è incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda". A tale articolo va riconosciuto un particolare rilievo, non fosse altro perché esso contiene anche quella che, probabilmente, è l'unica disposizione generale, data dal codice processuale amministrativo, sulle nullità processuali. Al comma 4-*bis* l'art. 44 aggiunge che la nullità "degli atti" e, dunque, sembrerebbe, di tutti gli atti processuali e non del solo ricorso, è sempre rilevabile d'ufficio dal giudice, "fermo quanto previsto dall'art. 39, comma 2", c.p.a.

<sup>13</sup> Si vedano, sul punto, le recenti sentenze: Tar Napoli, sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 892; Tar Salerno, sez. I, 6 febbraio 2017 n. 231/2017. In particolare, nel caso sottoposto al Tar partenopeo non risultavano sottoscritti con firma digitale né il ricorso né, tantomeno, la domanda di fissazione di udienza, occorrendo l'attestazione di conformità all'originale ex art. 22 CAD della copia analogica di tali atti, debitamente munita di firma digitale e, in quanto non già depositata, anche l'attestazione di conformità della procura e delle notifiche ai sensi del citato articolo 22. Il Collegio giudicante affermava, da un lato, che tale formalità dovesse essere ritenuta come essenziale ai fini della validità e certezza della riferibilità dell'atto processuale al difensore; dall'altro, che si dovesse tener conto della circostanza per la quale si fosse in una fase di prima applicazione del processo telematico. Pertanto, ritenuto che il ricorso fosse stato legittimamente formato in analogico avendo data certa anteriore al 1 gennaio 2017, il Collegio concedeva al ricorrente il beneficio dell'errore scusabile sensi dell'articolo 37 c.p.a., disponendo la rimessione in termini della parte ricorrente ai fini di procedere al nuovo deposito.

toria oggetto della contestata difformità tra i ricorsi notificati;

- il Collegio giudicante ha superato la questione di inammissibilità del ricorso.

In altre parole, il Tar partenopeo, pur rilevando la violazione del suddetto art. 136, comma 2-*bis*, c.p.a. ha ritenuto che nella specie tale vizio fosse sanabile, non sussistendo dubbi circa la riferibilità al difensore dell'atto introduttivo notificato irritualmente.

È evidente, dunque, che in fase di prima applicazione del processo telematico, i Giudici amministrativi, attraverso una ponderata valutazione che tenga conto delle problematiche già affrontate dai colleghi in ambito civilistico, debbano chiedersi – caso per caso – se la violazione di una norma di rito si risolva in un'astratta irregolarità del processo, per usare le parole della Suprema Corte, ovvero sia idonea ad arrecare un pregiudizio al diritto di difesa.



## Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE IN CASSAZIONE .....	160
di Giuseppe De Marzo	

NOVITÀ  
LEGISLATIVE



Giuseppe De Marzo  
Consigliere della Corte di Cassazione

## La riforma del processo civile in Cassazione

### abstract

*The author examines the reform of the civil procedural rules applicable in front of the Supreme Court and verifies their compatibility with the Constitution and the European Convention on human rights.*

### keywords

*Process – Cassation – Council chamber.*

### abstract

*L'autore analizza i principali profili della riforma del rito civile in Cassazione, introdotte sul fine del 2016, verificandone la tenuta alla luce dei principi costituzionali e della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo.*

### parole chiave

*Processo – Cassazione – Camera di consiglio (o procedimenti camerali).*

### sommario

1. Le linee generali della riforma e la generalizzazione del rito camerale. – 2. Le modalità dei riti camerali di carattere generale. – 3. I riti camerali speciali. – 4. Compatibilità della riforma con la Costituzione e le fonti sovranazionali.

#### 1. Le linee generali della riforma e la generalizzazione del rito camerale

Il d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con l. 25 ottobre 2016, n. 197, ha introdotto alcune significative innovazioni nel processo civile in cassazione che, nella sostanza, possono riassumersi nel dato centrale della generalizzata “cameralizzazione” dei procedimenti.

Il novellato art. 375, c. 2, c.p.c. dispone, infatti, che la Corte, a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio in ogni altro caso, salvo che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare, ovvero che il ricorso sia stato rimesso dall'apposita sezione di cui all'articolo 376 in esito alla camera di consiglio che non ha definito il giudizio.

Ne discende che, all'esito dell'esame da parte dei consiglieri relatori, delegati della sesta sezione civile, il procedimento può: a) essere deciso presso la sesta sezione, quando il presidente e il relatore concordino

sulla proposta di ricorrenza dei casi di inammissibilità indicati dall'art. 375, c. 1, n. 1 e 5, c.p.c. (art. 380-bis c.p.c), con la puntualizzazione che la proposta, destinata ad indicare semplicemente il tipo di decisione, si differenzia contenutisticamente dalla relazione “contenente la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia (art. 380-bis, c. 1, nel testo previgente), con una finalità di accelerazione che appare però disancorata dal concreto modo di operare dei consiglieri e dall'opportunità, a fronte della mole di procedimenti esaminati, di sottoporre ad un argomentato contraddittorio della difesa le proposte formulate; b) essere deciso dalla sezione semplice in camera di consiglio, secondo la regola generale dettata dall'art. 380-bis.1 c.p.c.; c) essere deciso dalla sezione semplice in pubblica udienza, secondo le regole dell'art. 379 c.p.c. immutate, salvo che per l'opportuno rovesciamento dell'ordine di esposizione di conclusioni e difese del pubblico ministero e dei difensori.

In questa sede, essendo rimaste immutate le regole generali per l'assegnazione dei ricorsi alle Sezioni Unite, è inutile approfondire il tema, salvo segnalare, come si vedrà nel successivo par. 3., le caratteristiche del procedimento per la decisione sul regolamento di giurisdizione (e di competenza).

## 2. Le modalità dei riti camerale di carattere generale

I due riti camerale di cui alle lett. a) e b) del paragrafo precedente sono caratterizzati da significative diversità.

In relazione al procedimento dinanzi alla sesta sezione, infatti, il decreto di fissazione dell'adunanza è notificato almeno venti giorni prima della data stabilita agli avvocati, i quali hanno facoltà di presentare memorie non oltre cinque giorni prima. È altresì previsto che, la Corte, qualora ritenga che non ricorrano le ipotesi previste dall'art. 375, c. 1, numeri 1) e 5), rimette la causa alla pubblica udienza della sezione semplice. Per la verità, perché la causa sia rimessa in pubblica udienza necessariamente, pur in assenza di questioni di particolare rilevanza che rendano opportuno l'utilizzo di tale modulo procedimentale, ai sensi del citato art. 375, comma secondo, c.p.c., non è dato bene intendere. Ma tant'è.

È appena il caso di sottolineare che la soppressione della facoltà delle parti di chiedere di essere sentiti (art. 380-bis, c. 2, c.p.c., nel testo previgente) rende palese la volontà del legislatore di escludere siffatta possibilità, secondo l'esplicita regola dettata sia dall'art. 380-bis. 1 sia dall'art. 380-ter.

Quanto al procedimento camerale dinanzi alla sezione semplice, l'art. 380-bis. 1 c.p.c., prevede che della fissazione del ricorso in camera di consiglio dinanzi alla sezione semplice ai sensi dell'articolo 375, c. 2, è data comunicazione agli avvocati delle parti e al pubblico ministero almeno quaranta giorni prima.

Al più ampio termine accordato alle parti si correla la facoltà – non ricorrente nel procedimento dinanzi alla sesta sezione – del pubblico ministero di depositare in cancelleria le sue conclusioni scritte non oltre venti giorni prima dell'adunanza in camera di consiglio. Le parti, a loro volta, possono depositare le loro memorie non oltre dieci giorni prima dell'adunanza in camera di consiglio.

Come si diceva, con riferimento a tale modulo, il legislatore ha ritenuto di precisare che “in camera di consiglio la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti”.

Sebbene non sia espressamente previsto, dovrebbe ritenersi consentito alla sezione semplice di disporre la trattazione del ricorso in pubblica udienza, ove ne ravvisi i presupposti.

## 3. I riti camerale speciali

Il d.l. n. 168 del 2016 contempla poi un autonomo modulo, per la trattazione dei regolamenti di giurisdizione, disegnato sullo schema del procedimento di cui all'art. 380-bis.1, c.p.c., con la peculiarità che le conclusioni del pubblico ministero vengono richieste in anticipo e notificate, unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza, almeno venti giorni prima agli avvocati, i quali hanno facoltà di depositare memorie non oltre cinque giorni prima, ma non partecipano, di

regola, alla camera di consiglio (ma v., *supra*, la diversa soluzione adottata da Sez. un. n. 24624/2016).

In termini necessariamente agili, data la portata del presente lavoro, vanno poi segnalate: a) la novità concernente il procedimento di correzione degli errori materiali, ora attivabile d'ufficio, e destinato ad essere disciplinato dall'art. 380-bis, cc. 1 e 2; b) le puntualizzazioni concernenti il procedimento di revocazione, destinato ad essere trattato in pubblica udienza, ove non ricorrano cause di inammissibilità, e attivabile, in assenza di notifica del provvedimento, entro sei mesi – e non più entro un anno – dalla pubblicazione; c) le novità in materia di rinuncia.

A quest'ultimo riguardo, il novellato art. 391, c. 1, c.p.c. dispone che sulla rinuncia e nei casi di estinzione del processo disposta per legge la Corte provvede con ordinanza in camera di consiglio, salvo che debba decidere altri ricorsi contro lo stesso provvedimento fissati per la pubblica udienza.

Al contrario, provvede il presidente, con decreto, se non è stata ancora fissata la data della decisione.

Va segnalato, infine, che è stato modificato anche l'art. 390 del codice di rito, nel senso che, al fine di tenere conto dei diversi moduli sopra ricordati, la rinuncia può intervenire (oltre che nel caso, rimasto immutato della pubblica udienza, fino a che non sia incominciata la relazione) sino alla data dell'adunanza camerale o finché non siano notificate le conclusioni scritte del pubblico ministero nei casi di cui all'articolo 380-ter.

## 4. Compatibilità della riforma con la Costituzione e le fonti sovranazionali

Le soluzioni procedurali sopra ricordate hanno già posto il problema della loro compatibilità con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (e, in particolare con l'art. 6 che prevede il diritto delle parti alla pubblicità del giudizio) e con la Costituzione (art. 111 della Carta fondamentale).

Nella recente ordinanza n. 395 del 10 gennaio 2017, la sesta sezione civile ha avuto modo di osservare che il principio di pubblicità dell'udienza — di rilevanza costituzionale in quanto, seppur non esplicitato dalla Costituzione, è connaturato ad un ordinamento democratico e previsto, tra gli altri strumenti internazionali, segnatamente dall'art. 6 CEDU — non riveste carattere assoluto e può essere derogato in presenza di “particolari ragioni giustificative”, ove “obiettive e razionali” (Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80).

Prima di proseguire nell'analisi dell'ordinanza n. 395, è utile, al riguardo, considerare che la sentenza della Corte costituzionale appena citata, proprio nell'esaminare e realizzare il bilanciamento di interessi richiesto dalle norme in questione, ha ricordato che, secondo la Corte di Strasburgo, il principio, in forza del quale la pubblica udienza non è richiesta nei gra-

di di impugnazione destinati alla trattazione di sole questioni di diritto (o concernenti comunque materie le cui peculiarità meglio si attagliano a una trattazione scritta), vale anche quando l'udienza pubblica non si è tenuta in prima istanza, perché l'interessato vi ha rinunciato, esplicitamente o implicitamente, omettendo di formulare la relativa richiesta. Nell'interesse a una corretta amministrazione della giustizia, è, infatti, normalmente più conveniente che un'udienza sia tenuta già in prima istanza, piuttosto che solo davanti al giudice di impugnazione (sentenza 8 febbraio 2005, Miller contro Svezia; sentenza 12 novembre 2002, Dory contro Svezia; sentenza 12 novembre 2002, Lundevall contro Svezia; sentenza 12 novembre 2002, Salomonsson contro Svezia).

Siffatte considerazioni rafforzano le conclusioni raggiunte dalla sentenza n. 80 del 2011 cit., nel costante raffronto con la giurisprudenza di Strasburgo, laddove queste ultime riflettono il generale orientamento della Corte europea in tema di applicabilità del principio di pubblicità nei giudizi di impugnazione. Tale orientamento si esprime segnatamente nell'affermazione per cui, al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l'assenza di analoga udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta. Per questo, si rileva infine, i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla corte di cassazione (*ex plurimis*, sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia; Grande Camera, sentenza 18 ottobre 2006, Hermi contro Italia; sentenza 8 febbraio 2005, Miller contro Svezia; sentenza 25 luglio 2000, Tierce e altri contro San Marino; sentenza 27 marzo 1998, K.D.B. contro Paesi Bassi; sentenza 29 ottobre 1991, Helmers contro Svezia; sentenza 26 maggio 1988, Ekbatani contro Svezia).

Proprio sulla scia di tali riflessioni (che, in definitiva, ancorano il significato del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali al momento in cui il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto di risolvere questioni interpretative di disposizioni normative), si colloca l'ordinanza n. 395 del 2017, quando, richiamando anche i più recenti approdi della giurisprudenza di Strasburgo (v., ad es., sentenza 21 giugno 2016, Tato Marinho contro Portogallo), ribadisce che, a fronte della pubblicità del giudizio assicurata in prima o seconda istanza, una tale esigenza non si manifesti comunque più necessaria per la struttura

e funzione dell'ulteriore istanza, il cui rito sia volto, eminentemente, a risolvere questioni di diritto o comunque non "di fatto", tramite una trattazione rapida dell'affare, non rivestente peculiare complessità.

In definitiva, emerge, la consapevolezza che la garanzia centrale delle parti è, in sede di legittimità, quella di poter interloquire sino ad un momento ragionevolmente vicino a quello della decisione piuttosto che quella di accedere ad un contraddittorio orale.

E, in questa prospettiva, si collocano i termini ravvicinatissimi alla decisione entro cui possono essere depositate memorie e, per altro aspetto, i correttivi rappresentati, in linea generale, laddove la Corte ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, dalla necessaria garanzia del contraddittorio assicurata dall'art. 384, c. 3, c.p.c. (anch'esso non casualmente evocato dalla cit. ordinanza n. 395 del 2017, in stretto raccordo con Protocollo d'intesa tra Corte di Cassazione, Consiglio Nazionale Forense ed Avvocatura generale dello Stato, siglato il 15 dicembre 2016).

Del resto, a riprova della flessibilità procedimentale a fronte di esigenze sostanziali di garanzia del contraddittorio, le Sezioni Unite, nell'ordinanza 1° dicembre 2016, n. 24624, nel quale hanno fatto applicazione della nuova disciplina, hanno avuto modo di osservare, decidendo in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, che, sebbene il terzo comma del novellato art. 380-ter c.p.c. stabilisca che in camera di consiglio la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti, onde perfezionare sotto ogni profilo lo scambio difensivo, si era deciso di ammettere una breve discussione orale, limitandola a un difensore per i ricorrenti congiuntamente difesi e uno per le amministrazioni resistenti, in tal modo adottando "un ulteriore correttivo al fine di adeguare il rito camerale alle esigenze costituzionali di rispetto del diritto di difesa e al concreto loro svolgersi nella specie, considerata la compressione dei termini di deposito delle memorie" resa necessaria dalle peculiarità della vicenda.

Piuttosto un problema di garanzie può porsi per i ricorsi depositati anteriormente alla data di entrata in vigore della riforma (30 ottobre 2016) e per la trattazione dei quali si applichi il nuovo rito, ai sensi del c. 2 dell'art. 1-bis del d.l. n. 168 del 2016, quando il resistente abbia omissso di notificare il controricorso, entro i termini di cui all'art. 370 c.p.c., contando sulla possibilità, sin qui riconosciuta, di audizione, sia in sede di pubblica udienza (art. 370, c. 1, c.p.c.), sia in sede di adunanza camerale (art. 380-bis, c. 2, c.p.c., nel testo previgente rispetto alla riforma in esame).

In questo caso, l'unica interpretazione possibile per evitare una sicura violazione del contraddittorio, a fronte del mutamento normativo che ha mutato le regole processuali, è quella di consentire, con una interpretazione costituzionalmente adeguata, il deposito di memorie.

## Recensioni

- IL SISTEMA NOTARILE DI RISCOSSIONE DEI TRIBUTI di Vincenzo Pappa Monteforte,  
IN *SAGGI DI DIRITTO TRIBUTARIO*  
collana diretta da Fabrizio Amatucci, Pietro Boria e Antonio Felice Uricchio  
Aracne editrice, dicembre 2016 ..... 164  
di Paolo Puri



## *Il sistema notarile di riscossione dei tributi*, di Vincenzo Pappa Monteforte, in *Saggi di diritto tributario*

collana diretta da Fabrizio Amatucci, Pietro Boria e Antonio Felice Uricchio

Aracne editrice, dicembre 2016

L'interessante libro di Vincenzo Pappa Monteforte analizza in profondità le molte – e a volte difficili – questioni che accompagnano il notaio nella sua vita professionale e in particolare quale “esattore” delle imposte per conto dell’Erario. Non uso il termine esattore casualmente perché proprio questa è una delle chiavi di lettura del libro del nostro Autore. Ed è proprio uno dei temi che ci dividono.

Ma prima di questo voglio ricordare che Pappa Monteforte affronta i temi con l’occhio di chi li ha provati sulla propria pelle come notaio di lunga data, docente di corsi universitari, studioso della commissione studi tributari del Consiglio Nazionale del Notariato e giudice tributario. Un’esperienza molteplice che consente di rileggere le vicende notarili attraverso un prisma dalle non comuni sfaccettature, con esiti a volte originali ma sempre acuti.

Dopo due capitoli introduttivi sull’intervento (e il ruolo) del notaio nella registrazione degli atti e sulla solidarietà del notaio con la parte il cuore del libro appare come il risultato di quella rivoluzione passata inosservata ai più, ma dagli esiti “sconvolgenti” per la professione notarile. Mi riferisco alla c.d. registrazione telematica degli atti ed al ruolo che il notaio si trova oggi a dover rivestire.

L’Autore – in un sistema caratterizzato dalla doverosità della funzione notarile e dal raccordo che il pubblico ufficiale rogante assicura tra autonomia costituzionalmente garantita dei privati e apparato pubblico – ritiene che il notaio si inserisca nel procedimento con le vesti tipiche di chi esercita una pubblica funzione, assumendo la qualifica di un vero e proprio indicatario di pagamento. Viene così equiparato al concessionario della riscossione e quanto corrisposto dalla parte si imputa direttamente al creditore (l’Erario), con un’efficacia liberatoria che produrrà i suoi effetti nei limiti della provvista. Posizione che recherebbe la possibilità di partecipare al processo tributario sull’impugnazione degli atti seppur nei limiti dell’intervento adesivo dipendente in quanto destinatario potenziale e mediato dell’atto e perciò titolare di un interesse qualificato e concreto alla lite.

La tesi spazza via quella tradizionale del notaio responsabile d’imposta ancora tralaticciamente riproposta da parte della dottrina e dalla giurisprudenza e, pur con molti punti in comune con quella da me

avanzata che vede il notaio come mandatario nell’interesse del fisco, non coincide con essa. Pur non condividendola nei suoi esiti per aver in qualche modo trascurato il rapporto con la parte quale mandante mi sembra sicuramente apprezzabile per la condivisione circa i suoi effetti liberatori verso la parte nei limiti della provvista ricevuta.

Estremamente interessante ed utile il capitolo finale dedicato alla disamina di alcune fra le più importanti fattispecie concrete alla luce della tesi avanzata. Solo per citarne alcune si va infatti dall’uso indebito da parte dell’Amministrazione dell’imposta postuma principale al ricorso illegittimo dell’art. 20 del TUR come disposizione antielusiva.

Il testo ricco di note e di riferimenti giurisprudenziali, diviene così – anche per lo stile scorrevole – uno strumento non solo di valore teorico, ma di utilizzo pratico per chi – i notai fra i primi – si troverà a “gestire” gli effetti fiscali degli atti.





## Indice delle sentenze

### Diritto e procedura civile

#### CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., sez. I, 8.02.2017, n. 3318  
(con nota di Alfano)
- Cass. civ., sez. un., 28.12.2016, n. 27073
- Cass. civ., sez. II, 09.01.2017, n. 188
- Cass. civ., sez. un., 12.01.2017, n. 608
- Cass. civ., sez. un., 20.01.2017, n. 1545
- Cass. civ., sez. un., 23.01.2017, n. 1641
- Cass. civ., sez. II, 24.01.2017, n. 1797
- Cass. civ., sez. un., 25.01.2017, n. 1946
- Cass. civ., sez. I, 07.02.2017, n. 3196
- Cass. civ., sez. un., 13.02.2017, n. 3702
- Cass. civ., sez. un., 16.02.2017, n. 4090  
(con nota di Di Martino)

#### CORTE DI APPELLO

- App. Roma, sez. III, 21.12.2016, n. 7200  
(con nota di Sorrentino)

#### TRIBUNALE

- Trib. Benevento, 18.01.2016 s.m.
- Trib. Padova, 18.06.2016 s.m.
- Trib. Rieti, 20.10.2016 s.m.
- Trib. Modena, 24.10.2016 s.m.
- Trib. Torino, 07.11.2016 s.m.
- Trib. Napoli Nord, 16.11.2016 s.m.
- Trib. Nola, 02.01.2017 s.m.
- Trib. Crotone, 02.01.2017 s.m.
- Trib. Trani, 05.01.2017 s.m.
- Trib. Napoli, 17.01.2017 s.m.
- Trib. Firenze, 24.01.2017 s.m.
- Trib. Salerno, 31.01.2017 s.m.
- Trib. Termini Imerese, 02.02.2017 s.m.
- Trib. Cagliari, 08.02.2017 s.m.
- Trib. Napoli, 20.02.2017 s.m.

### Diritto e procedura penale

#### CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. II, 16.09.2016, n. 2655 s.m.
- Cass., sez. III, 22.09.2016, n. 55301 s.m.
- Cass., sez. III, 22.09.2016, n. 55302 s.m.
- Cass., sez. V, 26.09.2016, n. 555 s.m.

- Cass., sez. IV, 05.10.2016, n. 55168 s.m.
- Cass., sez. III, 03.11.2016, n. 46170 s.m.
- Cass., sez. V, 04.11.2016, n. 569 s.m.
- Cass., sez. V, 08.11.2016, n. 570 s.m.  
(con nota di Pomes)
- Cass., sez. V, 16.11.2016, n. 572 s.m.
- Cass., sez. un., 24.11.2016, n. 6296 s.m.
- Cass., sez. II, 23.12.2016, n. 55328 s.m.
- Cass., sez. un., 17.02.2017, n. 7697  
(con nota di Pignatelli)

#### TRIBUNALE

- Trib. Nola, 24.10.2016, n. 3082 s.m.
- Trib. Nola, 17.11.2016, n. 3349 s.m.
- Trib. S.M. Capua Vetere, sez. Riesame, 20.12.2016,  
n. 505 s.m.
- Trib. Avellino, 11.01.2017, n. 30 s.m.
- Trib. Nola, 17.01.2017, n. 115 s.m.
- Trib. Napoli, sez. XII-Riesame, 22.02.2017, n. 788  
s.m.

#### G.I.P./G.U.P.

- Trib. Nocera Inferiore, G.I.P., 27.02.2017, n. 78 s.m.

### Diritto amministrativo

#### CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- Corte di Giustizia, sez. VIII, 21.12.2016, C-355/15  
(con nota di Giliberti)

#### CONSIGLIO DI STATO

- Cons. Stato, sez. V, 16.01.2017, n. 92 s.m.
- Cons. Stato, sez. III, 26.01.2017, n. 319 s.m.
- Cons. Stato, sez. V, 13.02.2017, n. 596 s.m.

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

- T.a.r. Calabria, sez. Reggio Calabria, 17.01.2017, n.  
26 s.m.
- T.a.r. Lazio, sez. I ter, 18.01.2017, n. 878 s.m.
- T.a.r. Napoli, sez. VIII, 19.01.2017, n. 434 s.m.
- T.a.r. Catania, sez. IV, 20.01.2017, n.122 s.m.
- T.a.r. Lazio, sez. II, 26.01.2017, n. 1345 s.m.
- T.a.r. Lazio, sez. I bis, 8.02.2017, n. 2118 s.m.
- T.a.r. Napoli, sez. III, 10.02.2017, n. 831 s.m.

T.a.r. Toscana, sez. III, 13.02.2017, n. 231 s.m.  
T.a.r. Veneto, sez. III, 16.02.2017, n. 171 s.m.  
T.a.r. Napoli, sez. I, 20.02.2017, n. 1020 s.m.  
T.a.r. Napoli, sez. I, 20.02.2017, n. 1023 s.m.

### Diritto Tributario

#### CORTE DI CASSAZIONE

Cass. civ., sez. VI, 09.01.2017, n. 233  
Cass. civ., sez. un., 13.01.2017, n. 758  
Cass. civ., sez. V, 27.01.2017, n. 20154  
Cass. civ., sez. VI, 31.01.2017, n. 2276  
Cass. civ., sez. V, 03.02.2017, n. 2875

### Diritto internazionale

#### CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte E.D.U., 17.01.2017, ricorso n. 31566/13,  
*Case of Taraves de Almeida Fernandes and Almeida  
Fernandes v. Portugal*  
Corte E.D.U., 19.01.2017, ricorso n. 52137/12,  
*Kapsis e Danijas contro Grecia*

Corte E.D.U., 24.01.2017, ricorso n. 25358, *Case of  
Paradiso and Campanelli v. Italy*  
Corte E.D.U., 23.02.2017, ricorso n. 43395/09, *Case  
of De Tommaso c. Italia*  
Corte E.D.U., 2.03.2017, ricorso n. 41237/14, *Affaire  
Talpis c. Italie*

#### CORTE SUPREMA U.K.

U.K. Supreme Court, 24.01.2017, UKSC 2016/0196,  
*R vs. Secretary of State for exiting the European Union*

#### CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di Giustizia, 18.01.2017, C-189/15, *Istituto di  
Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) -  
Fondazione Santa Lucia contro Cassa conguaglio per  
il settore elettrico e altri*  
Corte di Giustizia, 19.01.2017, C-344/15, *National  
Roads Authority c. The Revenue Commissioners*  
Corte di Giustizia, sez. III, 25.01.2017, Causa C  
640/1, *Minister for Justice and Equality c. Tomas  
Vilkas* (con nota di Cubuzio)  
Corte di Giustizia, sez. V., sentenza 16.02.2017, C  
503/15, *Margarit Panicello*