

Giapeto Editore

# *Gazzetta* **FORENSE**

Luglio - Agosto 2016

Il testo unico sulle società pubbliche: sarà una occasione colta o perduta?

**FRANCESCO FIMMANÒ, ANTONIO CATRICALÀ**

---

La sorte dei contratti pendenti fra disdetta e recesso

**MARIA COSTANZA**

---

La nuova legge in tema di omicidio stradale e lesioni personali stradali

**GOFFREDO DI NOTA**

---

Oneri di sicurezza: l'Adunanza Plenaria anticipa la Corte di Giustizia e precisa il suo orientamento

**BENEDETTA ROSSELLA SETTA**

---

Breve *excursus* in tema di tassazione degli impianti fotovoltaici

**MARIA PIA NASTRI**

---

in collaborazione con



# *Gazzetta* FORENSE

**DIRETTORE RESPONSABILE**  
Roberto Dante Cogliandro

luglio - agosto 2016

# Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 9 - Numero 4 - Luglio/Agosto 2016

**DIRETTORE RESPONSABILE**

Roberto Dante Cogliandro

**COMITATO EDITORIALE**

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

**REDAZIONE**

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

**EDITORE**

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

**PROPRIETARIO**

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

**COMITATO DI REDAZIONE**

Andrea Alberico, Giuseppe Amarelli, Antonio 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, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Raffaele Manfredi, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Daniele Marrama, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

**COMITATO SCIENTIFICO**

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Manlio Ingrosso, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Gennaro Terracciano, Giuseppe 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 - settembre 2016

*in collaborazione con*

  
**PEGASO**  
Università Telematica

**Universitas  
Mercatorum**

Università telematica delle  
Camere di Commercio Italiane

# SOMMARIO

## Editoriale

IL TESTO UNICO SULLE SOCIETÀ PUBBLICHE: SARÀ UNA OCCASIONE COLTA O PERDUTA? di Francesco Fimmanò - Antonio Catricalà	853
---	-----

## Diritto e procedura civile

LA SORTE DEI CONTRATTI PENDENTI FRA DISDETTA E RECESSO di Maria Costanza	860
---	-----

CONSIDERATIONS ON SOME ITALIAN LAW PROVISIONS CONCERNING THE DISSOLUTION OF COMPANIES di Francesco Cossu	864
---	-----

RIFLESSIONI SULL'EQUILIBRIO DELLE PRESTAZIONI NEI RAPPORTI TRA IMPRESE TRA NEOFORMALISMO E TUTELA DEL MERCATO di Gianluca Tarantino	872
---	-----

IL CONSUMATORE ABILITATO ALLE PROCEDURE DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO. <i>Nota a Cassazione civ., sez. I, 1 febbraio 2016, n. 1869</i> di Flora Pirozzi	881
--	-----

SULLA EVENTUALE RESPONSABILITÀ DEGLI ORDINI PROFESSIONALI IN RELAZIONE AI GIUDIZI DI CONGRUITÀ SULLA PARCELLA DEL SINGOLO PROFESSIONISTA. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 2 agosto 2016, n. 16065</i> di Rosa Abagnale	890
--	-----

SULLA TENUTA DELLA CARTELLA CLINICA E NESSO EZIOLOGICO IN RELAZIONE ALLA RESPONSABILITÀ. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 31 marzo 2016, n. 6209</i> di Gaetano Scuotto	895
---	-----

SULLA NATURA CONTRATTUALE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA ED IL RIPARTO DELL'ONERE DELLA PROVA. <i>Nota a Trib. Napoli, sez. civ. VIII, 7 luglio 2016, n. 8505</i> di Pasquale Mautone e Antonella Storti	900
---	-----

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	911
-------------------------	-----

RASSEGNA DI MERITO	913
--------------------	-----

## Diritto e procedura penale

LA NUOVA LEGGE IN TEMA DI OMICIDIO STRADALE E LESIONI PERSONALI STRADALI di Goffredo Di Nota	918
---	-----

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI a cura di Angelo Pignatelli	929
---	-----

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	936
-------------------------	-----

RASSEGNA DI MERITO	939
--------------------	-----

## Diritto amministrativo

ONERI DI SICUREZZA: L'ADUNANZA PLENARIA ANTICIPA LA CORTE DI GIUSTIZIA E PRECISA IL SUO ORIENTAMENTO di Benedetta Rossella Setta	944
--	-----

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE ( <i>d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.</i> ) a cura di Almerina Bove	949
--	-----

## Diritto tributario

BREVE *EXCURSUS* IN TEMA DI TASSAZIONE DEGLI IMPIANTI FOTOVOLTAICI ..... 958  
di Maria Pia Nastri

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE  
DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE ..... 964  
a cura di Maria Pia Nastri

## Diritto internazionale

MISURE D'INTEGRAZIONE: QUANDO L'INTEGRITÀ DEI "CONFINI" STATALI FAGOCITA L'INTEGRAZIONE DEL CITTADINO  
"STRANIERO"? *Nota a Corte giust., 9 luglio 2015, causa C-153/14, Minister van Buitenlandse Zaken c K. e A.* ..... 968  
di Tania Tafuri

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA ..... 981

## Ordinamento giudiziario

LA ENNESIMA MINI RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO. COMMENTO ORGANICO AGLI ARTICOLI  
DA 1 A 6 DEL D.L. N. 168 DEL 2016 ..... 988  
di Nicola Graziano

## Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

### DIRITTO CIVILE

La legge sopravvenuta modifica il termine di prescrizione non ancora maturato? ..... 994  
di Eva Aurilia

### DIRITTO PENALE

Il sequestro preventivo perde efficacia con la sentenza di condanna non definitiva ed i beni devono essere  
restituiti all'avente diritto. .... 997  
di Giacomo Romano

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

Le Fondazioni lirico-sinfoniche alla luce della legge n. 160/2016: un passo verso la privatizzazione sostanziale? ...1002  
di Elia Scafuri

## Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE NELLE IPOTESI DI FALSA ATTESTAZIONE DELLA PRESENZA IN SERVIZIO  
DEI PUBBLICI DIPENDENTI: PECULIARITÀ, ANOMALIE E ASPETTI POSITIVI .....1010  
di Guglielmo Cinque

L'AGGRAVANTE DI NEGAZIONISMO, TRA VINCOLI DI MATRICE SOVRANAZIONALE E LEGISLAZIONE SIMBOLICA .....1017  
di Giuseppe Visone

## Recensioni

LA DIFFAMAZIONE, LE NUOVE FRONTIERE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE E CIVILE E DELLA TUTELA DELLA PRIVACY  
NELL'EPOCA DELLE CHAT E DEI SOCIAL FORUM  
di Pezzella Vincenzo, Utet Giuridica, 2016 .....1030  
di Massimo Barbato

INDICE DELLE SENTENZE ..... 1031

Francesco Fimmanò

Ordinario di Diritto Commerciale, Università degli studi del Molise, Direttore Scientifico Università Telematica Pegaso e *Universitas Mercatorum*

Antonio Catricalà

Professore Straordinario Università Telematica Pegaso - già Presidente Antitrust

## Editoriale

### Il testo unico sulle società pubbliche: sarà una occasione colta o perduta?

In attuazione della delega conferita dall'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124,<sup>1</sup> il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in vigore dallo scorso 20 settembre, cerca per l'ennesima volta di ricondurre a *fisiologia* un coacervo di disposizioni gemmate negli ultimi 25 anni.

Il *corpus*, al di là delle luci e delle ombre, ha certamente il merito di tentare di mettere a "sistema" una fenomenologia peculiare, interdisciplinare, complessa e figlia di una legislazione a "toppe", piuttosto che "a tappe". Al tempo stesso non può che rilevarsi che la *sovranoregolamentazione* appare in molte norme come una sorta di inseguimento tra legislatore e giurisprudenza, con il risultato di sentenze che hanno fatto le veci della legge e una legge che fa le veci delle sentenze.

La legislazione di un tempo non dirimeva contrasti giurisprudenziali ma costruiva sistemi di regole per principi e i giudici la interpretavano. Basti pensare che l'espressione normativa più in voga - in materia - negli ultimi anni nel settore che ci occupa è quella di "controllo analogo". In realtà il legislatore italiano ha usato l'*escamotage* di far proprie le espressioni usate nella famosa sentenza *Teckal* della Corte di giustizia U.E. (e in quelle analoghe successive) riguardanti un consorzio tra Comuni, per applicarle a un soggetto giuridico completamente diverso e cioè a una società di capitali. Da questa operazione è nata una serie di equivoci con il "livello comunitario" anche perché a nessun altro Stato nel Continente è venuto in mente di utilizzare lo strumento societario per ragioni "meramente opportunistiche".

A tutto questo aggiungiamo che calare le società di capitali e il loro enorme apparato regolamentare (*ipertecnico*) in un ambiente normativo giuspubblicistico, dove l'operatore medio neppure immagina che le sole società per azioni (non quotate) sono disciplinate da

oltre 650 commi, è stata operazione dagli effetti *dirimpenti*.

L'equivoco principale è stato quello riguardante il tipo di disciplina da applicare alle società in mano pubblica, nato in passato dalla errata impostazione secondo cui la partecipazione di una pubblica amministrazione a una società di capitali potesse alterarne la struttura, dando vita a un "*tipo*" di *diritto speciale*. In particolare una certa impostazione, ignara delle complessità sistematiche, partendo dal principio della neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, è arrivata ad attribuire alle società partecipate una *connotazione pubblicistica*<sup>2</sup>, frutto di una sostanziale mutazione genetica nel senso di una riqualificazione del soggetto. In realtà tale impostazione è stata gravemente fuorviante negli anni, in quanto si può parlare di società di diritto speciale soltanto laddove una espressa disposizione legislativa introduca deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c., con la conseguente emersione *normativa* di un tipo *con causa pubblica non lucrativa*<sup>3</sup>.

In realtà l'uso dello strumento societario a partecipazione pubblica ha avuto spesso finalità *meramente segregative*. Le pubbliche amministrazioni, incentivate nel tempo dallo stesso legislatore, hanno infatti cercato a tutti i costi, negli ultimi venticinque anni, di creare e poi mantenere la "sacca" del privilegio derivante dall'*affidamento diretto* della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza.

In buona sostanza da una parte v'è stata la tendenza ad ampliare l'ambito dei *servizi pubblici* includendo non solo quelli aventi per oggetto attività economiche incidenti sulla collettività, ma anche quelli riguardanti attività tendenti a promuovere lo sviluppo socio-economico delle comunità locali, fino ad arrivare ad affidare a società partecipate funzioni, che lungi dal rientrare nell'ambito dei servizi pubblici in senso pro-

<sup>1</sup> Con l'indicata disposizione il Parlamento ha delegato il Governo a semplificare, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, il relativo quadro di regolazione anche in linea con i principi dettati dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria, con effetti positivi in termini di valorizzazione della tutela della concorrenza e di generale trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa.

<sup>2</sup> Cfr. in particolare Cons. Stato, nn. 1206 e 1207 del 2001 e nn. 4711 del 2002 e 1303 del 2002.

<sup>3</sup> *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di FIMMANÒ, *Ricerche di Law & Economics*, Milano, 2011.

prio, costituivano tipiche attività istituzionali o strumentali dell'ente<sup>4</sup>. Dall'altra parte è stata incentivata la gestione mediante società partecipate in un'ottica rivolta (solo) formalmente alla *aziendalizzazione* dei servizi e a una *privatizzazione effettiva* (come auspicato dal legislatore sin dal 1942)<sup>5</sup>, in realtà sostanzialmente diretta a eludere procedimenti a evidenza pubblica e a sottrarre comparti dell'amministrazione ai vincoli di bilancio, anche in considerazione della mancata applicazione, per molti anni, all'ente-capogruppo dei principi di consolidamento di diritto societario a partire dall'elisione delle partite reciproche<sup>6</sup>. Questo processo ha avuto l'effetto di trasformare talora il modello di gestione da strumento di *efficienza* in strumento di *protezione* e in taluni casi in *escamotage* per eludere i c.d. patti di stabilità e le regole di contabilità pubblica.

La Corte dei Conti ha contato, in un momento che sembrava culminante del ciclo espansivo, nell'anno 2008, 5.860 "organismi" partecipati da 5.928 enti pubblici locali con un incremento dell'11,08% rispetto al dato del 2005. Poco meno del 65% di questi organismi partecipati aveva natura societaria con prevalenza delle società per azioni, mentre circa il 35%

ha forma giuridica diversa dalla società, in prevalenza consortile<sup>7</sup>.

Allo stato, dalle informazioni rilevabili nella banca dati SIQUEL, emerge che il 16,65% dei Comuni (1.340 su 8.047), pari al 7,11% della popolazione nazionale, non è in possesso di partecipazioni societarie, gli organismi rilevati alla data dell'8 luglio 2016 risultano essere 7.181: le analisi sui risultati economici e finanziari, sui servizi affidati e sulle modalità di affidamento hanno riguardato, tuttavia, 4.217 soggetti, per i quali sono disponibili a sistema i dati di bilancio relativi all'esercizio 2014. Ancor più ristretto è il numero di istituzioni per le quali si hanno informazioni sui flussi di entrata e di spesa degli enti affidanti<sup>8</sup>. Gli organismi operanti nei servizi pubblici locali sono numericamente limitati (il 34,72% del totale), pur rappresentando una parte importante del valore della produzione (il 69,34% dell'importo complessivo). Il maggior numero (65,28%) rientra nel novero di quelli che svolgono attività diversificate, definite come "strumentali"<sup>9</sup>.

Marcata è la prevalenza degli *affidamenti diretti*: nonostante la rigidità dei presupposti legittimanti tale procedura, a salvaguardia dei principi della concorrenza, su un totale di 22.342 affidamenti, le gare con impresa terza sono soltanto 150 e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, 319.

Con riferimento agli organismi in perdita nell'ultimo triennio, l'analisi della Corte dei conti mostra come circa un terzo sia a totale partecipazione pubblica, mentre quelli misti a prevalenza privata costituiscono la categoria all'interno della quale le perdite sono più diffuse, con una tendenza al peggioramento dei risultati nell'arco del triennio.

Nel referto della Corte v'è anche una ricognizione delle partecipazioni rilevanti ai fini del consolidamento dei conti, ed emerge che, su 700 organismi totalmente pubblici a unico socio (Comune/Provincia), meno della metà sono risultati assoggettabili a consolidamento – sulla base dei parametri indicati dal principio contabile applicato allegato n. 4/4 al d.lgs. n. 118/2011. Di contro, 368 (il 52,6%) non superano la

<sup>4</sup> La giurisprudenza ha evidenziato d'altra parte che la qualificazione di servizio pubblico locale spetta a quelle attività caratterizzate sul piano oggettivo dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionate in base a scelte, appunto, di carattere eminentemente politico quanto alla destinazione delle risorse economicamente disponibili e all'ambito di intervento e su quello soggettivo dalla riconduzione diretta o indiretta a una figura soggettiva di rilievo pubblico (cfr. Cons. Stato, 13 dicembre 2006 n. 7369; T.a.r. Campania, Napoli, 24 aprile 2008 n. 2533).

<sup>5</sup> Nella Relazione al Codice Civile, si legge, in riferimento alle società pubbliche che lo Stato «si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici» (Relazione al Codice Civile, n. 998. Artt. 2458 e ss., vecchio testo).

<sup>6</sup> L'introduzione del bilancio consolidato civilistico per la holding-ente pubblico poteva rappresentare una scelta funzionale all'indirizzamento e al coordinamento dell'intero gruppo pubblico locale (cfr. A. TREDICI, *Il bilancio consolidato del gruppo pubblico locale quale strumento di programmazione e controllo*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2006, 256 s.). Solo con il d.lgs. n. 118 del 2011, recante disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, si è previsto che tali enti territoriali adottino «...comuni schemi di bilancio consolidato con i propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate e altri organismi controllati...» (art. 11, comma 1). Tale innovazione che impone (e non facoltizza più) l'adozione di un bilancio preventivo (e non solo un conto consuntivo) di tipo consolidato, è stata progressiva nel corso del tempo, mediante la previsione, ai sensi dell'art. 36, d.lgs. cit., di un periodo di sperimentazione biennale (2012-2013), coinvolgente talune amministrazioni pubbliche territoriali prescelte in ragione della loro collocazione geografica e densità demografica, per poi entrare a regime dall'anno finanziario 2014. In tema cfr già F. FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, (a cura di F. FIMMANÒ), *Ricerche di Law & Economics*, Milano, 2011, p. 12 e ss.

<sup>7</sup> Alle Sezioni regionali di controllo della Corte compete – come confermato anche dal d.lgs. n. 175/2016, di riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche – di monitorare il percorso di razionalizzazione delle partecipazioni e di vigilare sull'effettivo completamento delle procedure di dismissione e/o liquidazione. Le Sezioni, in attuazione della legge di stabilità 2015, hanno già verificato i piani di razionalizzazione, che sono stati presentati da un elevato numero di enti (quasi l'80%).

<sup>8</sup> Cfr. Sezione delle Autonomie: Referto su "Gli organismi partecipati degli enti territoriali" Delibera n. 27/SEZAUT/2016/FRG e documenti allegati.

<sup>9</sup> Nei 3.076 organismi con fatturato non superiore a 5 milioni operano in media 8,7 dipendenti, a fronte di una media di 56 dipendenti nel complesso di quelli osservati. In 1.279 organismi, di cui 776 società, si registra un numero di dipendenti inferiore a quello degli amministratori.

soglia di rilevanza e potrebbero essere consolidati solo se ritenuti significativi dall'ente proprietario, secondo la sua valutazione discrezionale.

La gestione finanziaria dimostra una netta prevalenza dei debiti sui crediti in tutti gli organismi esaminati. Nel complesso, i debiti ammontano a 83,3 miliardi, di cui circa un quarto è attribuibile, in sostanza, alle partecipazioni totalitarie. Il rapporto crediti/debiti verso controllanti, nelle partecipazioni pubbliche al 100%, è sbilanciato in favore dei primi. Emerge, quindi, la forte dipendenza delle partecipazioni totalitarie dagli enti controllanti, pur in presenza di un rilevante indebitamento verso terzi. Dall'analisi degli organismi partecipati in via totalitaria da un unico socio emerge, nella gran parte dei casi, che le risorse complessivamente impegnate e pagate dagli enti proprietari tendono a coincidere con l'importo dei valori della produzione degli organismi destinatari delle erogazioni.

Abbiamo dunque assistito, per tutte queste ragioni, a un percorso legislativo incoerente, caratterizzato da frequenti ripensamenti, fatta eccezione per una costante: la crescente e progressiva espansione delle società a partecipazione pubblica locale, anche attraverso la trasformazione di aziende speciali, consorzi e istituzioni.

La "storia" del fenomeno comincia nel 1990 con la espressa previsione nella legge n. 142 della società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria<sup>10</sup>, passa attraverso l'introduzione della società c.d. *minoritaria*<sup>11</sup>, l'apertura al tipo della S.r.l. e l'incentivo alla trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi<sup>12</sup>, per subire un provvisorio assestamento nel 2000 con il Testo Unico delle autonomie locali (Tuel) che sistemava organicamente la materia<sup>13</sup>. Nel 2001 il quadro viene *virtualmente* rivoluzionato con l'introduzione della categoria *mai definita* dei c.d. servizi industriali e l'introduzione rigorosa, *mai attuata*, dei principi della concorrenza<sup>14</sup>. Con la *contro-riforma* del 2003 e la leg-

ge finanziaria per il 2004, si arriva infatti a un risultato esattamente opposto<sup>15</sup>. Quest'ultimo intervento, in parte censurato dalla Corte Costituzionale<sup>16</sup>, ha suddiviso i servizi in virtù della loro *rilevanza economica*, in un contesto pesantemente dominato dalla figura della società in *house providing* e del suo strettissimo collegamento funzionale con l'ente di riferimento. La normativa ha strumentalizzato in modo abile la giurisprudenza comunitaria tanto da far evocare una situazione giuridica di *dipendenza organica*.

Alla originaria disciplina contenuta nell'art. 113 TUEL, infatti, si sono sovrapposti prima l'art. 23 bis del d.l. n. 112/08 (successivamente abrogato con *referendum*) e poi la successiva disciplina introdotta con il d.l. 138/11 (dichiarata incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012), per giungere infine al d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito con l. 17 dicembre 2012 n. 221).

Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2013 hanno scelto *forzatamente* di adattare l'impostazione comunitaria, al fine di riconoscere la giurisdizione piena della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità agli organi sociali delle società in *house*<sup>17</sup>. I giudici del Supremo consesso qualificano, in modo in verità opinabile, questo genere di società come una mera articolazione interna della P.A., una sua *longa manus* al punto che l'affidamento diretto neppure consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo di talché l'ente in *house* "non potrebbe ritenersi terzo rispetto all'am-

<sup>15</sup> Si tratta in particolare dell'art. 14 del d.l. n. 269 del 30 settembre 2003 «Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici», convertito con modificazioni nella l. n. 326 del 2003 (conseguente alle osservazioni della Commissione Europea sul sistema delineatosi con l'entrata in vigore dell'art. 35).

<sup>16</sup> Nel luglio del 2004, la Corte Costituzionale accolse in parte il ricorso avanzato dalla regione Toscana e dichiarò illegittimo l'art. 14, comma 1, lett. e), e comma 2, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. nella l. 24 novembre 2003, n. 326, (Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272, cfr. al riguardo G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2005).

<sup>17</sup> Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283 – Pres. Rovelli – est. Rordorf, in *Società*, 2014, p. 55 e ss. con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, e in *Fallimento*, 2014, p. 33 e ss., con nota di L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*; e poi in scia: Cassazione, sez. un., 16 dicembre 2013 n. 27993; Cass., sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177 – Pres. Rovelli – est. Macioce; Cass., sez. un., 24 ottobre 2014, n. 22609 – Pres. Rovelli – est. D'Ascola. Nello stesso senso ma con approdo opposto Cass., sez. un., 10 marzo 2014, n. 5491 – Pres. Rovelli – est. Nobili, in *Società*, 2014, 953 s. con nota di F. CERIONI; Cass., sez. un., n. 26936 del 2 dicembre 2013, che non riconoscono la giurisdizione contabile per l'inesistenza dei tre requisiti individuati: la necessaria appartenenza pubblica del capitale della società (con la previsione statutaria del divieto di cedere a soggetti privati quote della stessa), l'inesistenza di margini di libera agibilità sul mercato (neppure attraverso partecipate e la sottoposizione a controllo analogo (che non può ridursi al potere di nomina degli organi sociali).

<sup>10</sup> La società mista a prevalente capitale pubblico locale venne prevista per la prima volta dall'art. 22, lettera e) della legge 142 del 1990, (testo poi modificato dall'art. 17, comma 58, legge 15 maggio 1997, n. 127, *Bassanini-bis*) e la legge non vietava peraltro che la società fosse interamente in mano pubblica.

<sup>11</sup> La società mista con partecipazione maggioritaria dei soci privati ha trovato riconoscimento testuale con l'art. 12 della legge n. 498 del 1992, attuata con la normativa regolamentare dettata dal d.P.R. n. 533 del 16 settembre 1996 (al riguardo G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 390 e ss., che esamina in particolare gli aspetti della compagine, della scelta dei soci e dello scopo di lucro).

<sup>12</sup> Norme contenute nella c.d. legge Bassanini *bis* (n. 127 del 15 maggio 1997), che all'art. 17, commi 51-58, consentiva agli Enti locali di procedere alla trasformazione delle aziende speciali, deputate alla gestione dei servizi pubblici, in società per azioni o a responsabilità limitata con capitale misto, pubblico e privato, anche a partecipazione minoritaria.

<sup>13</sup> D.lgs. n. 267 del 2000.

<sup>14</sup> Articolo 35 della legge n. 448 del 2001.



ministrazione controllante ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa<sup>18</sup>.

Le ormai numerose sentenze delle sezioni unite si rifanno tutte alla n. 26283 del 25 novembre 2013, il cui passaggio più forte è quello secondo cui «*il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*».

L'orientamento ha complicato ancora di più le cose perché molti non hanno inteso che si riferisce solo alla giurisdizione e per di più non esclusiva della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità, ma hanno provato a dedurre l'esistenza di una società di tipo pubblico meritevole di uno *ius singulare*. In realtà si può parlare di società di diritto speciale soltanto laddove una espressa disposizione legislativa introduca deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c.<sup>19</sup>, con la conseguente emersione normativa di un tipo *con causa pubblica non lucrativa*<sup>20</sup>. Viceversa, a parte i casi di società *c.d. legali* (istituite, trasformate o comunque disciplinate con apposita legge speciale)<sup>21</sup>, ci troviamo sempre di fronte

a società di diritto comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono.

La storia che abbiamo raccontato è singolare: il legislatore italiano ha prima creato un *monstrum* e poi ha costretto gli interpreti, anche i più raffinati, a riconoscerlo e a ricostruirlo invece di «*constatare i fenomeni giuridici quali sono, quali si trovano nel sistema positivo, non negarli o storpiarli per ragioni a priori*»<sup>22</sup>. Quanto accaduto appartiene a una tendenza più generale diretta a creare sempre più frequentemente categorie di soggetti i cui rapporti sono regolati da uno *ius singulare*. Fenomeno deprecabile, in quanto nel migliore dei casi, finisce per originare privilegi, asimmetrie e discriminazioni. In taluni casi, poi, non è tanto la ponderata volontà di sottrarre alla disciplina comune determinati soggetti a spingere il legislatore, bensì l'incapacità a resistere alla pressione di chi, spesso emotivamente o prepotentemente, chiede e invoca questa o quella norma. Ecco che il potere legislativo, si muove talora male e si trasforma, come sul dirsi in una *machine à faire lois*<sup>23</sup>, invece di dettare norme efficienti e cercare nell'armonia del sistema le soluzioni più giuste.

Ed eccoci ora alla *c.d. Riforma Madia*. Servirà? Poteva intervenire in modo più chiaro e tecnicamente corretto su temi tanto delicati? Sicuramente sì. Ma comunque contiene principi importanti ad

<sup>18</sup> In buona sostanza la Cassazione ha riprodotto l'orientamento del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008 n. 1, su rimessione di Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587; nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e prima T.a.r. Valle d'Aosta, 13 dicembre 2007 n. 163; T.a.r. Sicilia, 5 novembre 2007 n. 2511; T.a.r. Piemonte, 4 giugno 2007 n. 2539; T.a.r. Calabria, Catanzaro, 15 febbraio 2007 n. 76 e dopo T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 28 luglio 2008 n. 9468). Il Consiglio di Stato ha sostenuto in particolare che il modello di società mista elaborato, in sede consultiva, con il parere n. 456 delle 2007, rappresenta solo una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione di tali società e all'affidamento del servizio alle stesse, anche se, in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non può allo stato essere elaborata una soluzione univoca o un modello definitivo di società mista. In ogni caso, il modello di società costruito con il citato parere non è rinvenibile allorché il socio non venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio *sia stata definita e precisata*.

<sup>19</sup> Al riguardo: G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, p. 4 e ss.; M. MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, p. 117; G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 353; P. SPADA, *La Monte Titoli S.p.a. tra legge ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 552.

<sup>20</sup> Al riguardo R. GUARINO, *La causa pubblica nel contratto di società*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, *Ricerche di Law & Economics*, Milano, 2011, 131 s.

<sup>21</sup> Ci riferiamo agli enti pubblici con mera struttura organizzativa societaria (cfr. al riguardo C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, p. 340; ID., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 483 e ss.; ID., *Le società "legali" per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture. Patrimonio dello Stato e infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, P. 447; e in un'ottica estensiva: G. NAPO-

LITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 81 e ss.) previsti, trasformati o costituiti appunto in forma societaria con legge (ad es. l'art. 7 del d.l. 15 aprile 2002 n. 63, convertito dalla l. 15 giugno 2002, n. 112, ha istituito la Patrimonio dello Stato S.p.a.; l'rt. 8 del d.l. 8 luglio 2002 n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, ha gemmato la Coni Servizi s.p.a.; il d.lgs. 9 gennaio 1999 n. 1, ha istituito Sviluppo Italia s.p.a. poi integrato con altre norme dirette a disciplinarne la *governance* dell'attuale "Invitalia s.p.a."; l'art. 3, d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79, ha previsto la costituzione del Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.a.; l'art. 13, d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79 ha contemplato la nascita della Sogin s.p.a.; stessa cosa è accaduta per "Gestore del Mercato s.p.a." ex art. 5, d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79 e l'Acquirente Unico s.p.a. ex art. 4, d.lgs. 16/3/1999 n. 79). In altri casi il legislatore ha trasformato o previsto la trasformazione di enti pubblici in società (così per l'Ente Nazionale per le Strade ex art. 7 d.l. 8 luglio 2002 n. 138, convertito in l. 8 agosto 2002 n. 178; per l'Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero Sace ex art. 6 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326; per l'Ente Autonomo Esposizione Universale di Roma ex d.lgs. 17 agosto 1999 n. 304; per la Cassa Depositi e Prestiti ex art. 5 d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326).

<sup>22</sup> È l'avvertimento metodologico già lucidamente espresso da F. FERRARA SR., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 638.

<sup>23</sup> Già con riferimento alla normativa speciale a "toppe" per il diritto sportivo: U. APICE, *La società sportiva: dentro o fuori al codice civile*, in *Dir. fall.*, 1986, 538 s.; F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio professionistico a 10 anni dal caso Napoli*, in *Gazzetta Forense*, 2014, 4, p. 8 e ss.

esempio chiarisce una volta per tutte che una società è una società, non è un tavolo né una sedia, e come tale ad esempio fallisce da chiunque sia partecipata. Una cosa appare evidente che ancora una volta non si è tenuto conto delle specificità ordinamentali e soprattutto disciplinari, *ratione materiae*. Il diritto pubblico o amministrativo mai potranno entrare appieno nella *forma mentis* di un societarista o di un fallimentarista e viceversa.

Non è questa la sede per affrontare il merito delle singole norme, ma uno degli Atenei di *Gazzetta forense*, ha dedicato alla fenomenologia il primo Volume di una nuova collana “Regole e Mercati” che sarà pubblicato tra qualche giorno. Il libro, frutto di esperienze interdisciplinari, scientifiche e operative, si propone il difficile compito di interpretare sulla base del nuovo testo Unico, il quadro sistematico e l’ordinamento delle società pubbliche, il sistema delle fonti, la regolamentazione dello stato di crisi, i regimi di responsabilità, i rapporti tra materie concorrenti, le possibili soluzioni per rilanciare un uso virtuoso del modello gestionale e disincentivarne definitivamente *l’abuso*. Non un commentario ma qualcosa di più un insieme ragionato di saggi che partono dalla riforma per guardare avanti.



## Diritto e procedura civile

LA SORTE DEI CONTRATTI PENDENTI FRA DISDETTA E RECESSO .....	860
di Maria Costanza	
CONSIDERATIONS ON SOME ITALIAN LAW PROVISIONS CONCERNING THE DISSOLUTION OF COMPANIES .....	864
di Francesco Cossu	
RIFLESSIONI SULL'EQUILIBRIO DELLE PRESTAZIONI NEI RAPPORTI TRA IMPRESE TRA NEOFORMALISMO E TUTELA DEL MERCATO .....	872
di Gianluca Tarantino	
IL CONSUMATORE ABILITATO ALLE PROCEDURE DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO. <i>Nota a Cassazione civ., sez. I, 1 febbraio 2016, n. 1869</i> .....	881
di Flora Pirozzi	
SULLA EVENTUALE RESPONSABILITÀ DEGLI ORDINI PROFESSIONALI IN RELAZIONE AI GIUDIZI DI CONGRUITÀ SULLA PARCELLA DEL SINGOLO PROFESSIONISTA. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 2 agosto 2016, n. 16065</i> .....	890
di Rosa Abagnale	
SULLA TENUTA DELLA CARTELLA CLINICA E NESSO EZIOLOGICO IN RELAZIONE ALLA RESPONSABILITÀ. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 31 marzo 2016, n. 6209</i> .....	895
di Gaetano Scuotto	
SULLA NATURA CONTRATTUALE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA ED IL RIPARTO DELL'ONERE DELLA PROVA. <i>Nota a Trib. Napoli, sez. civ. VIII, 7 luglio 2016, n. 8505</i> .....	900
di Pasquale Mautone e Antonella Storti	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	911
RASSEGNA DI MERITO .....	913



## La sorte dei contratti pendenti fra disdetta e recesso

### abstract

*Renunciation and notice of quite – for the A. – are different. The second is qualified as an act, whose effects are typical: to avoid the contract would be renewed. By this point of view and independently from the vocabulary of the law, the A. analyzes the rules which govern the pending contracts, in case of bankruptcy, to represent the role the notice of quite plays in the matter. The notice of quite may be utilized by every party of the contract and may offer an useful alternative to the right of losing the contract through a renunciation.*

### keywords

*Right of withdrawal – Cancellation – Extension.*

### abstract

*L'autore traccia una distinzione fra le figure del recesso dal contratto e della disdetta, collocando questa ultima fra gli atti giuridici ad effetti vincolati: impedire la proroga della durata del contratto. In questa prospettiva al di là della nomenclatura giuridica si legge la disciplina dei contratti pendenti contenuta nella legge fallimentare, per assegnare alla disdetta spazi operativi diversi da quelli dello scioglimento del vincolo contrattuale consentito al Curatore (e/o al contraente in bonis), per osservare pure che là dove gli effetti del contratto possono farsi cessare per disdetta può rivelarsi conveniente per la Procedura ricorrere a tale strumento anziché allo scioglimento con recesso.*

### parole chiave

*Recesso – Disdetta – Proroga.*

### sommario

1. La potestà di scioglimento nei contratti pendenti. – 2. L'effetto tipico della disdetta. – 3. Scioglimento e disdetta nei contratti pendenti in caso di fallimento. – 4. ...nei rapporti pendenti nel concordato. – 5. Conclusioni.

#### 1. La potestà di scioglimento nei contratti pendenti

In uno scambio di battute “a microfoni spenti” fra relatori ad un seminario milanese dedicato al recesso dal contratto si è sollecitata una riflessione sul tema della disdetta dei contratti pendenti all'apertura di una procedura concorsuale. Le norme contenute negli art.

72 ss. l.fall. sembrano silenti sull'argomento o, meglio, stabiliscono regole che là dove non sia previsto lo scioglimento del rapporto contrattuale affidano al solo curatore la determinazione della sorte del contratto, il suo scioglimento o la sua permanenza<sup>1</sup>. In attesa delle indicazioni provenienti dal competente organo della procedura concorsuale, il rapporto contrattuale resterebbe sospeso<sup>2</sup>. La scelta del curatore (o degli organi ad esso equiparati) potendosi in un ordine sistematico se non tassonomico qualificare come esercizio di un diritto potestativo<sup>3</sup> si impone alla controparte, la qua-

<sup>1</sup> Fa eccezione l'art. 82 l.fall., il quale regola la sorte del contratto di assicurazione contro i danni nell'ipotesi di fallimento dell'assicurato. La legge speciale (art. 112 e 169 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) in materia di assicurazione disciplina l'ipotesi d'insolvenza della impresa di assicurazione anche con riferimento ai contratti pendenti. Nell'art. 82 l.fall. è contemplata la possibilità che nella disciplina convenzionale del contratto assicurativo l'insolvenza dell'assicurato valga quale evento dal quale possa derivare un automatico scioglimento del contratto. Sempre nell'art. 82 l.fall. si ha rinvio al disposto dell'art. 1898 c.c., il quale fra l'altro permette all'assicuratore di recedere dal contratto di assicurazione, qualora si rinvergono dall'assicuratore condizioni dell'assicurato diverse da quelle rappresentate all'atto della conclusione del contratto, le quali avrebbero portato o a non stipulare la polizza o a farla sottoscrivere a condizioni diverse. Sulla specialità del disposto dell'art. 82 l.fall., nell'ambito della disciplina dei rapporti pendenti: Cass., 22 aprile 2013, n. 9676.

<sup>2</sup> B. INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 311.

<sup>3</sup> La dichiarazione del Curatore per molti versi sembra rinviare al recesso quale dichiarazione unilaterale attraverso la quale una delle parti del contratto ne determina lo scioglimento con effetto non retroattivo. Invero, se il recesso è uno strumento per gestire le sopravvenienze del rapporto contrattuale, quello attribuito al Curatore si iscrive parzialmente nella fattispecie di cui all'art. 1373 c.c., perché il Curatore è soggetto terzo che decide della sorte del contratto in relazione alle esigenze della Procedura. Tuttavia, la specificità della determinazione del Curatore può configurarsi comunque come potere di incidere unilateralmente sul rapporto contrattuale. Sotto questo profilo si versa di fronte ad una figura che si assimila al recesso per le sue conseguenze, quelle della non retroattività, ma rispetto alla fattispecie generale la dichiarazione del Curatore oltre ad avere fonte legale si propone come esercizio di una competenza officiosa svincolata dai controlli ai quali resta comunque sottoposto il legittimo esercizio del recesso legale o convenzionale. La differenza fra la dichiarazione di scioglimento del Curatore e la dichiarazione di recesso di cui all'art. 1385 c.c. è stata osservata in Cass., 8 novembre 1986, n. 6549, in *Dir. Fall.*, 1987, II, 390. Antecedentemente alla

le non ha modo di contrastarla, salvo che suoi diritti indennitari, quando previsti, vengano violati. Le soggezioni stabilite dal vigente regime dei contratti pendenti non sono superabili preventivamente, inserendo nel contratto clausole che convenzionalmente (eccezione fatta per l'art. 82 l.fall.) definiscono la sorte del rapporto contrattuale con modalità diverse da quelle legislativamente indicate, ponendosi la disciplina dei contratti pendenti come limite alla autonomia privata, per la prevalenza attribuita agli interessi di massa rispetto a quelli individuali del singolo partner contrattuale dell'imprenditore divenuto insolvente.

La invalidità e comunque la inefficacia rispetto alla procedura concorsuale delle convenzioni che dalla sottoposizione di una parte contrattuale a procedura concorsuale facciano derivare la caducazione del vincolo contrattuale o del rapporto contrattuale non esauriscono ogni interrogativo sugli spazi di reazione del contraente *in bonis* di fronte alla crisi dell'altra parte.

## 2. L'effetto tipico della disdetta

L'art. 1373 c.c. consente che nei contratti di durata a tempo indeterminato ciascuna delle parti possa recedere con idoneo preavviso, senza incidere sulle prestazioni già eseguite. La regola risponde all'esigenza di evitare che i rapporti contrattuali si protraggano illimitatamente e che possa aprirsi un varco alla perpetuità delle obbligazioni, un'eventualità esclusa dall'ordinamento come principio generale<sup>4</sup>. La temporaneità dei rapporti contrattuali per altro verso può dilatarsi utilizzando lo strumento della proroga automatica in assenza di disdetta. Di disdetta nella disciplina dei contratti si legge espressamente in qualche luogo dell'ordinamento positivo<sup>5</sup> diverso dal codice civile, dove compare sempre il termine recesso, per indicare appunto la dichiarazione con la quale si manifesta la determinazione da parte di un contraente di svincolarsi dal rapporto contrattuale nel ricorrere di circostanze

Riforma del 2005 si è attribuito alla scelta del Curatore di sciogliersi dal preliminare il significato di una dichiarazione che non elimina radicalmente gli effetti del contratto: se il Curatore del Fallimento del promissario acquirente si determina per lo scioglimento, il bene che fosse stato già consegnato dal promittente venditore dovrà essergli restituito; in più gli si dovrà riconoscere un indennizzo in analogia con quanto previsto dall'art. 80 l.fall. (Cass., 11 novembre 1994, n. 9424, in *Contratti*, 1995, 2, 168). Gli effetti restitutori derivanti dallo scioglimento del contratto preliminare di compravendita che abbia avuto parziale esecuzione anticipata derivano soltanto dalla perdita di causa della disponibilità del bene da parte del promittente acquirente, il quale non può vantare su di esso una posizione di diritto, salvo che non siano intercorsi accordi sulla detenzione del bene in pendenza del contratto preliminare. Sull'argomento vedi: Cass., 3 novembre 2000, n. 14358. Sull'accostamento al recesso della dichiarazione di scioglimento proveniente dal Curatore: F. FERRARA jr., A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 378.

<sup>4</sup> P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni* (nozioni), in *Enc. diritto*, Milano, 1979, vol. XXIX, p. 150.

<sup>5</sup> L. 9 dicembre 1998, n. 431, art. 3; d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 172; d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33.

correlate a ragioni oggettivamente idonee a interrompere il rapporto contrattuale.

Alla disdetta nel catalogo degli atti giuridici è stato assegnato posto fra le manifestazioni di volontà con effetti tipici e perciò non omologabili agli atti negoziali<sup>6</sup>. Questo inquadramento varrebbe sia per le fattispecie contemplate in norme positive sia per le disdette di fonte convenzionale e di cui è consentito alle parti contrattuali di avvalersi o di non avvalersi nell'approssimarsi della scadenza stabilita nel programma contrattuale. Questo tipo di clausole congegnate per la gestione del contratto nel tempo si differenzia sia da quelle nelle quali il recesso opera quale mezzo per assegnare un termine finale del rapporto contrattuale di durata sia da quelle in cui l'esercizio della facoltà di recesso è collegato a disfunzioni del rapporto contrattuale<sup>7</sup>. Il recesso, pure ammesso quale mezzo per ovviare alle sopravvenute patologie del contratto e alla valutazione di circostanze presupposte dai contraenti, è figura diversa dalla disdetta, che, al di là della terminologia più o meno appropriata, può essere impiegata per scandire il tempo del contratto. Pure il recesso dal contratto a tempo indeterminato ne scandisce la durata. Diversamente dalla disdetta in senso proprio, la determinazione di recedere è una facoltà che si concreta nel corso del rapporto contrattuale in un momento non prestabilito e dunque come espressione di un disinteresse alla sua prosecuzione, un disinteresse che il destinatario della dichiarazione di recesso può non condividere e che, fermo il limite dell'abuso<sup>8</sup>, trova attenzione nella sola congruità del preavviso.

All'accostamento fra disdetta e recesso anche là dove quest'ultimo assolva allo scopo di dare un termine al contratto si frappone la diversa natura delle due figure: la disdetta può definirsi come veicolo per dare operatività al termine di durata del contratto; il recesso, anche se incidente sulla temporalità del contratto, resta determinazione per la gestione del rapporto contrattuale, non solo sotto il profilo temporale, avente forza dispositiva e perciò subordinata alla attuazione di interessi suscettibili di positiva valutazione secondo l'ordinamento giuridico.

## 3. Scioglimento e disdetta nei contratti pendenti in caso di fallimento

Le considerazioni esposte offrono argomento per ritenere, innanzitutto, che la disdetta sia evenienza compatibile con il sistema di rapporti pendenti, in quanto attraverso questa dichiarazione si dà dimensione temporale al rapporto contrattuale con il quale deve

<sup>6</sup> M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 239.

<sup>7</sup> G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, pp. 62 ss.

<sup>8</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, p. 741; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro It.*, 2010, 1, 1, 85, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI.

confrontarsi il curatore come gli organi che, per competenza e funzioni, gli sono accomunati. La verifica si sposta allora sul piano del coordinamento della disciplina degli effetti della dichiarazione di insolvenza della impresa sui rapporti pendenti e la preclusione alla proroga del rapporto contrattuale per la intervenuta legittima disdetta. La premessa è necessariamente che la disdetta segni il successivo spirare del termine finale di durata del rapporto contrattuale. L'attribuzione della facoltà di disdetta ad una soltanto delle parti del contratto non muta il senso della determinazione volta ad impedire la proroga del rapporto contrattuale. La tempestiva legittima disdetta del rapporto contrattuale accorcia soltanto il tempo della sua possibile durata. Rispetto all'ipotesi in cui nel contratto sia stato stabilito un termine finale fisso, il contratto "rinnovabile alla sua scadenza salvo disdetta" reca un fattore di incertezza al quale non dovrebbero essere indifferenti le valutazioni affidate al curatore nella disciplina dei rapporti pendenti. Il subentro in un contratto destinato ad un breve termine di vigenza è decisione che può risultare quanto meno inopportuna soprattutto se lo scioglimento non preclude una rinegoziazione del contratto da parte della procedura concorsuale con il medesimo *partner* contrattuale<sup>9</sup>.

Preferito il subentro, il contratto prosegue secondo il regime legale o convenzionale che gli appartiene e dunque pure in ordine alle modalità con le quali esso può cessare. L'opzione per il subentro è spesso imposta dalle necessità dell'esercizio provvisorio così come dall'esigenza di non arrestare cicli produttivi con conseguente svilimento dei cespiti che compongono l'attivo della procedura.

Sono questi i casi in cui, più di sovente dal contraente *in bonis*, imprese che erogano servizi di distribuzione dell'elettricità, dell'acqua, del gas ecc. si utilizza lo strumento della disdetta. Quando la dichiarazione di disdetta è finalizzata ad evitare la proroga di un rapporto contrattuale, che al di là delle garanzie previste dalle norme in materia di contratti pendenti per la parte tenuta all'adempimento delle prestazioni di natura non pecuniaria risulti comunque di gestione faticosa, non si individuano motivi per opporsi alla disdetta, che rientra fra gli eventi ai quali è sottoposta la sorte del rapporto contrattuale nel quale la procedura sia subentrata. A maggior ragione l'efficacia della disdetta volta ad evitare la proroga del contratto, non potrà essere negata allorché la facoltà sia prevista come determinazione alla quale possa ricorrere ciascuna delle parti del contratto. Anche il curatore (come il commissario straordinario) nell'approssimarsi della scadenza contrattuale prorogabile in mancanza di disdetta potrà avvalersi della prerogativa e così, avendo potuto senza gli assilli causati dalla continuazione della attività di

impresa in esercizio provvisorio valutare alternative, sciogliersi da un contratto non conveniente.

Pure il subentro nel contratto di affitto d'azienda da parte del curatore del fallimento del concedente può essere subordinato alla durata del contratto collegata alla sua mancata proroga per intervenuta disdetta. La regola generale (art. 79 l.fall.) vuole che il contratto di affitto di ramo di azienda non si sciogla automaticamente per il fallimento d'una delle parti. Dal rapporto in cui sia subentrato il curatore, così come l'altra parte, può, però, recedere. L'esercizio del recesso comporta l'onere del pagamento d'un indennizzo, concordato o determinato giudizialmente<sup>10</sup>. Se la data di scadenza del contratto di affitto fosse non lontana dalla data in cui è stata dichiarata l'insolvenza, segnatamente del concedente, e non sorgono urgenze che richiedano la piena disponibilità dell'azienda, l'attesa della fisiologica scadenza, e quindi la determinazione di evitarne possibili proroghe attraverso disdetta, si mostra come la soluzione più conveniente. Se quella scadenza fosse nella convenzione di affitto prorogabile in assenza di disdetta, allora, di nuovo, questa evenienza si rivela strumento utile per conseguire senza esborsi lo scioglimento del contratto d'affitto. La disciplina dell'affitto di azienda stabilita nell'art. 79 l.fall. mette a tema con chiara evidenza pure la differenza fra recesso e disdetta e non solo sotto il punto di vista funzionale. La dichiarazione di recesso si profila come esercizio di un diritto potestativo mediante una determinazione di volontà tipicamente negoziale, perché proiettata a disporre degli effetti del contratto in forza di una prerogativa di fonte legale speciale, che implica valutazioni discrezionali focalizzate sulla realizzazione di interessi rilevanti nel conto dell'indennizzo. L'interdetto alla proroga prodotto dalla dichiarazione di disdetta è conseguenza indisponibile di un atto certamente volontario, ma equivalente al verificarsi di un fatto quale è il compiersi del tempo di durata del rapporto contrattuale.

Nella disciplina dei rapporti pendenti, con riguardo alla locazione di immobili si nota invece una quale imprecisione lessicale del legislatore. Il fallimento del locatore non comporta lo scioglimento del contratto. Al curatore è consentito di recedere, ma gli effetti del recesso non sono istantanei. Il contratto di locazione di immobili conserva i suoi effetti sino alla prima delle

<sup>9</sup> Così T. Bologna, 27 gennaio 2005, in *www.deaprofessionale.it*, con riferimento allo scioglimento del contratto *ex art.* 50 del d.lgs. n. 270/99.

<sup>10</sup> L'equo indennizzo contemplato dall'art. 79 l.fall. in riferimento alla facoltà concessa al curatore di recedere anticipatamente dal contratto di affitto d'azienda, analogamente all'equo indennizzo previsto dall'art. 80 co. 2 l.fall. per il recesso dal contratto di locazione, appare avere natura indennitaria (equitativa) e non risarcitoria, costituendo il corrispettivo dell'esercizio della facoltà di recesso concessa dalla legge. Pertanto, tale indennizzo dev'essere commisurato al danno emergente, relativo al pregiudizio derivante dall'interruzione delle lavorazioni in corso, dalle eventuali penalità da pagare a terzi e dall'entità degli investimenti effettuati, e al lucro cessante, derivante dal mancato incasso degli utili netti che possono maturare nel periodo rimanente di vigenza del contratto: Trib. Udine, 3 maggio 2013, in *www.unijuris.it*.

sue fisiologiche scadenze. La determinazione del curatore più che da recesso nella sostanza funge da mera disdetta, come prevista nel regime ordinario del contratto di locazione: ciò che è inciso è soltanto il tempo del contratto.

#### 4. ...nei rapporti pendenti nel concordato

Nella disciplina del concordato preventivo lo scioglimento dei contratti si propone come scelta utile per la sostenibilità del piano concordatario esposto nella proposta. Lo scioglimento è univocamente il prodotto di un recesso consentito dalla legge, indipendentemente dalle previsioni convenzionali. Nell'art. 169-*bis* l.fall. può leggersi norma speciale che consente l'esercizio del recesso come mezzo per la gestione di una sopravvenienza, quale è la crisi dell'impresa alla quale si voglia porre rimedio con percorsi liquidatori o no capaci di offrire ai creditori soluzioni meno punitive di quelle alle quali li espone il concorso fallimentare<sup>11</sup>.

Indice della natura di recesso della decisione assunta in occasione della presentazione della proposta concordataria è l'onere dell'indennizzo che segue la precoce interruzione del rapporto contrattuale. Là dove legislativamente si ammette la facoltà di recesso unilaterale per motivi diversi dalla reazione ai comportamenti tenuti dalla controparte nella esecuzione del contratto, il recedente è gravato di un obbligo compensativo del pregiudizio che con la sua determinazione abbia potuto arrecare<sup>12</sup>. Il costo del recesso non integra gli estremi di un risarcimento. Come atto ammesso dalla legge il recesso si inserisce tendenzialmente fra gli atti leciti, affatto neutri nell'equilibrio delle

relazioni economico-giuridiche<sup>13</sup>. Qualora nella proposta concordataria, invece, fosse contemplata disdetta di contratto in essere per evitarne la proroga, purché la disdetta sia compiuta secondo previsioni convenzionali o legali, nessun onere graverà sul suo autore. La stessa conclusione può riferirsi alla determinazione di recesso espressa nella proposta concordataria con riguardo ai contratti a tempo indeterminato diversi da quelli di lavoro subordinato<sup>14</sup>. La sola condizione da rispettare è quella del congruo preavviso<sup>15</sup>. Lo scioglimento del contratto consentito dall'art. 169-*bis* l.fall. non esclude, in presenza dei necessari presupposti, il paradigma regolato dall'art. 1373, comma 2, c.c. Le logiche sottostanti alle due regole non sono coincidenti. Lo scioglimento del contratto che può compiersi in concomitanza con la presentazione di proposta concordataria si inserisce nel percorso attraverso il quale si intende risolvere la crisi della impresa. Non è da escludere, perciò, che di fronte ad un contratto a tempo indeterminato si profitti del disposto dell'art. 169-*bis* l.fall., per evitare il preavviso. La misura dell'indennizzo sarà ragionevolmente influenzata dalla precarietà insita nel rapporto malgrado la buona fede.

#### 5. Conclusioni

Le differenti funzioni alle quali il recesso può assolvere ora quale mezzo per la temporalizzazione del rapporto contrattuale ora quale strumento per la gestione delle sue vicende non elide la distinzione che può tracciarsi fra recesso e disdetta anche quando il primo segna il termine del contratto senza scadenza. La distinzione fra recesso e disdetta non è infatti solo questione nominale di cui la prassi quasi non si avvede, come lo stesso legislatore, lo si è osservato. La differenza fra le due figure è data dallo spazio dell'autonomia nel quale esse si muovono, un fattore col quale si misurano ancora gli atti giuridici in un sistema dove la classificazione del rapporto fra volontà, legge ed effetti è richiesta all'interprete che debba giudicare di validità e di efficacia di atti sprovvisti o poveri di disciplina, ma alla ricerca di una dimensione.

<sup>11</sup> Si discute se la facoltà di scioglimento prevista nell'art. 169-*bis* l.fall. sia esercitabile anche nell'ipotesi di c.d. concordato in bianco o in continuità, escludendosi il ricorso allo scioglimento come previsto nell'art. 169-*bis* l.fall. quando anziché per la procedura di concordato si opti per un accordo di ristrutturazione a termini dell'art. 182-*bis* l.fall.: C. CAVALLINI, *Concordato preventivo "in continuità" e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 3, 2013, 261; Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Roma, 16 febbraio 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); vedi pure F. FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. fall.*, 2014, I, 216.

<sup>12</sup> Emblematico è il disposto dell'art. 1671 c.c., dove si attribuisce, ferma la derogabilità convenzionale (Trib. Milano, 10 novembre 2011, in [www.deaprofessionale.it](http://www.deaprofessionale.it)), al committente facoltà di recesso svincolata dall'accertamento di eventuali inadempienze dell'appaltatore, il cui operato viene valutato solo quando il committente lamenti di avere subito pregiudizio per fatto dell'appaltatore dal quale si pretendano ristori: T. Ivrea, 10 agosto 2011, in [www.deaprofessionale.it](http://www.deaprofessionale.it)). Al mandante è consentito di revocare il mandato che non sia *in rem propriam* o irrevocabile senza oneri soltanto se vi sia un giustificato motivo, ovvero una infedeltà del mandatario. Nell'art. 1723 c.c. si legge di "revoca", ma gli effetti della determinazione del mandante sono assimilabili a quelli propri del recesso di cui all'art. 1373 c.c. (A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano 1984, pp. 452 ss.).

<sup>13</sup> G. ALPA, M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato Rescigno*, 14, VI, Torino, 1982, pp. 149 ss.

<sup>14</sup> Nel senso che il concordato preventivo non comporti l'automatizzato scioglimento del rapporto subordinato e che anzi il sorgere di tale procedura possa costituire giusta causa di licenziamento solo quando sia stato accertato che la impresa non è più in condizione di continuare nella sua normale attività produttiva: G. LOCASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011 (VIII ed.), p. 476.

<sup>15</sup> L'obbligo del preavviso tutela il contraente che subisce il recesso: Cass., 8 gennaio 2013, n. 227; vedi pure art. 1750 c.c.



## Considerations on some Italian law provisions concerning the dissolution of companies

### abstract

*Defining the information required for the liquidation of a company is of utmost importance to carry out its winding-up and eventually terminate it. Liquidators need to access the balance sheet of the company, particularly during the early stages of liquidation, in order to determine the most effective way to liquidate it. Unlike the managing body, the monitoring body does not undergo modifications following the beginning of liquidation. Given the vital role corporate bodies play both immediately before and during liquidation, this paper critically analyzes the ascertainment of the occurrence of an event involving the dissolution of a company (sect. 2), the impossibility to achieve the corporate purpose (sect. 3), and the failure of the meeting to operate and its continuing inactivity (sect. 4).*

### keywords

*Liquidation of company – The corporate purpose – The corporate meeting.*

### abstract

*Definire le informazioni necessarie per la liquidazione di una società è della massima importanza per giungere alla sua liquidazione ed eventualmente porvi fine. I liquidatori hanno bisogno di accedere al bilancio della società, in particolare durante le prime fasi di liquidazione, al fine di determinare il modo più efficace per liquidarla. Diversamente dall'ente gestore, l'organo di controllo non subisce modifiche dopo l'inizio della liquidazione. Dato il ruolo vitale che gli organi sociali giocano sia immediatamente prima sia durante la liquidazione, questo contributo analizza criticamente l'accertamento del verificarsi di un evento che coinvolge la dissoluzione di una società (par. 2), l'impossibilità di raggiungere lo scopo aziendale (par. 3), e il fallimento dell'assemblea di operare e la sua continua inattività (par. 4).*

### parole chiave

*Liquidazione della società – Scopo sociale – Assemblea dei soci.*

### sommario

Table of contents: **1.** The role of corporate bodies in ascertaining the occurrence of an event involving the

dissolution of the company. – **2.** The impossibility to achieve the corporate purpose. – **3.** The failure of the meeting to operate and its continuing inactivity.

### 1. The role of corporate bodies in ascertaining the occurrence of an event involving the dissolution of the company

Under section 2485 of the Civil Code, directors must ascertain the occurrence of any event that may lead to the dissolution of the company, and perform the duties listed in section 2484 (clause 3) of the Civil Code. Under this section, if shareholders decide to terminate the company, then their resolution must be submitted to the register; in any other case, the register must be informed of the termination cause.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BIANCHI, *Accertamento di una causa di scioglimento e legittimazione individuale dei sindaci [Ascertainment of the Occurrence of an Event Involving Dissolution, and Individual Legitimateness of Statutory Auditors]*, note to Court of Biella, verdict issued on 4 June, 2004 (decr.), in *Società*, 2005, 895; SPALTRO, *Cause di scioglimento: profili civili e processuali [Events Involving Dissolution: Civil and Processual Profiles]*, in *Società*, 2005, 461; DIMUNDO, *sub sect. 2487-bis*, in *La riforma del diritto societario* (edited by Lo Cascio), Milano, 2003, 8; SANTUS-DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali nella riforma del diritto societario [Dissolution and Liquidation of Corporations in the Reform of Company Law]*, op. cit., 599; FIMMANÒ-TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma [Dissolution, Liquidation, and Termination of Corporations after the Reform]*, op. cit., 315; BALZOLA, *Sulla legittimazione del singolo sindaco a proporre istanza di accertamento della causa di scioglimento [The Entitlement of a Single Auditor to Request the Ascertainment of an Event Involving Dissolution]*, note to Court of Biella, verdict issued on 26 May, 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 358; BERGAMASCHI, *Causa di scioglimento della società e nomina del liquidatore giudiziale [Events Involving the Dissolution of a Company, and Appointment of the Judicial Liquidator]*, note to Court of Reggio Emilia, verdict issued on 5 February, 2008, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 80; BOLOGNESI, *L'ampliamento dell'autonomia privata in tema di scioglimento delle società di capitali [The Increase of Private Autonomy in the Dissolution of Corporations]*, note to Court of Bari, verdict issued on 6 September, 2006 (decr.), in *Giur. comm.*, 2008, II, 131. Since each company is a legal entity and constitutes center of active and passive relationships among people, the mere occurrence of a particular event is not sufficient to cause the immediate dissolution of such an autonomous entity. In this case, the termination of the company requires at least the liquidation of its share capital [FIMMANÒ, *Accertamento, pubblicità ed effetti dello scioglimento [Ascertainment, Notification, and Effects of Dissolution]*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali* (edited by FIMMANÒ), Milano, 2011, 93, who argues

The dissolution of a company comes into effect as soon as the shareholders' resolution – referred to in section 2484, n. 6, of the Civil Code – or the notice of the directors is recorded into the register.

Although the consequences of dissolution become evident only after the registration referred to in section 2484 of the Civil Code, some of its effects are likely to occur even before the liquidation process.

Indeed, directors are required to ascertain immediately the occurrence of an event involving dissolution,<sup>2</sup> and therefore must monitor continuously the status of the company.

Under section 2486 of the Civil Code, directors retain the power to run the company in order to protect the entirety and the value of its share capital; furthermore, after ascertaining the occurrence of an event involving dissolution, they are required to convene the meeting so that it may appoint liquidators and define their prerogatives.<sup>3</sup>

After ascertaining the occurrence of an event involving dissolution, the managing body must notify it to

---

that “upon the occurrence of an event involving the dissolution of a company, such company does not become a different entity, does not turn into a mere joint ownership of its assets among shareholders, nor does it cease to exist altogether; rather, it enters another stage of its lifespan, which leads to its winding-up, while at same time keeping its previous structure, organization, autonomy, legal personality and liabilities. After all, liquidation is but an activity carried out by the company, and for this reason the company must be granted all the protections envisaged by the law to prevent third parties from damaging it”].

<sup>2</sup> In the Spanish legislation, the events involving the dissolution of companies are listed in section 363 of the LCS, which reads: “*Causas de disolución. La sociedad de capital deberá disolverse: a) por la conclusión de la empresa que constituya su objeto; b) por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social; c) por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento; d) por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso; e) por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley; f) porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años; g) por cualquier otra causa establecida en los estatutos. La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá, además, por la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos. La sociedad comandaria por acciones deberá disolverse también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social”.*

<sup>3</sup> FIMMANÒ, *Ascertainment, pubblicità ed effetti dello scioglimento [Ascertainment, Notification, and Effects of Dissolution]*, op. cit., 95: “Upon the occurrence of an event involving dissolution, directors are obliged to carry out specific tasks. Therefore, the mere occurrence of such an event produces some effects, but does not result in liquidation as long as the notice or the resolution referred to in section 2484 of the Civil Code is not recorded into the register”.

the register of companies, unless the event referred to in section 2484, n. 6, of the Civil Code takes place: in this case the occurrence of the event does not have to be ascertained.

When the aforementioned notice is recorded in the register, the meeting is convened, unless otherwise stated in the charter or in the resolution referred to in section 2484 (n. 2, 4, and 6) of the Civil Code, so that it may appoint liquidators, define their prerogatives if necessary, and set a liquidation program.<sup>4</sup>

The administrator's prerogatives come to be evaluated from a winding-up perspective only.<sup>5</sup> Therefore, directors retain the powers to run the company with the sole purpose of preserving the entirety and the value of the company's share capital, under sections 2485 and 2486 of the Civil Code, without affecting the shareholders' decisions under section 2487 of the Civil Code.

If directors and statutory auditors fail to ascertain the occurrence of an event involving the dissolution of a company, or do not do so immediately, they are personally and jointly liable for the damages incurred by the company, by its shareholders and creditors, and by third parties<sup>6</sup> in the period between the occurrence of an event referred to section 2484 of the Civil Code

---

<sup>4</sup> According to the Court of Milan (verdict issued on 31 January, 2014), in *Soc.*, 2014, 621, the appointment of a liquidator is not necessary for a resolution of early termination – referred to in section 2484 (clause 1, n. 6) of the Civil Code – to be deemed valid, because this is not required by any provision. Moreover, it mentions two more provisions which seem to indicate that the resolution alone can be recorded in the register of companies: section 2484, clause 3, of the Civil Code, which regulates the effects of dissolution, which start on the day the resolution is recorded in the register, and section 2487 of the Civil Code, which regulates the intervention of the Court in order to appoint a liquidator if the meeting did not choose one in the cases envisaged by section 2484 of the Civil Code, n. 2, 4, and 6. PACIELLO, *sub sect. 2485 of the Civil Code*, in *La riforma delle società* (edited by Sandulli-Santoro), Torino, argues that directors are obliged to convene the meeting in order to appoint liquidators immediately after the dissolution is recorded in the register of companies.

<sup>5</sup> IRUZUBIETA, *Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido)*, op. cit., 528: “*Por conclusión de la empresa se entienden varias posibilidades: imposibilidad de satisfacer el objeto social, vencimiento del plazo de duración y cualquiera otra que no esté comprendida en la enumeración del ap. 1 de este artículo. Si la sociedad ha concluido como tal sea por causas previstas de duración o sobrevenidas como la imposibilidad de desarrollar su objeto social por haber sido puesta de la ley u otra razón que impida llevar adelante el desarrollo normal de su actividad”.*

<sup>6</sup> RORDORF, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita del capitale [Liability of Directors in Joint-Stock Companies for Actions Following the Loss of the Capital]*, in *Società*, 2009, 282; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società [Directors in Joint-Stock Company after the Reform of Company Law]*, Milano, 2004, 170; NICCOLINI, *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma [Management of Companies under Liquidation: First Considerations on the Reform]*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 169 ss.

and the transfer of power to liquidators.<sup>7</sup>

Directors are obliged to ascertain the occurrence of an event involving the dissolution of the company and to report it immediately to the register. Therefore, they are personally and jointly liable for any damages incurred by the company, by its shareholders and creditors, and by third parties because of a delay in performing their duties. As for the statutory auditors, they are obliged to monitor the activities of the directors and intervene if they fail ascertain and report the event.<sup>8</sup>

Statutory auditors are required to check the actual occurrence of an event involving dissolution, and, if directors fail to ascertain it, must intervene by exercising their powers.<sup>9</sup>

More specifically, statutory auditors must check whether directors are actually aware of the event involving dissolution, i.e. whether they immediately convene the board of directors in order to ascertain the occurrence of the event involving dissolution and report it to the register of companies.

Moreover, statutory auditors must ensure that directors continue to run the company with the sole purpose of safeguarding its share capital and convening the meeting, in order to carry out the tasks referred to in section 2487 of the Civil Code.<sup>10</sup>

If directors fail to carry out their duties, then statutory auditors must resort to the competent court, which shall subsequently ascertain the occurrence of the event involving dissolution and convene the meeting in order to carry out the tasks referred to in section 2487 of the Civil Code.

The term “immediately” indicates the shortest time necessary to ascertain without any doubt the actual occurrence of an event involving dissolution and report it to the register of companies.<sup>11</sup> If directors fail to carry out this task, or if they do not do so in the short-

test time possible, they are personally and jointly liable for the damages incurred by the company, by its shareholders and creditors, and by third parties, because their failure or delay is deemed a cause of dissolution.

The liquidation process begins immediately after the event involving dissolution is recorded into the register of companies, since such an event can produce effects, under section 2484 of the Civil Code.<sup>12</sup>

It is uncertain whether the relevant element is the actual knowledge of the event, which usually depends of the availability of a financial statement, or its knowability, which should be assessed according to the principle of diligence referred to in section 2392, clause 1, of the Civil Code after taking into account the circumstances of each case. This uncertainty has been dealt with by the legal doctrine based on the assumption that at least joint-stock companies – especially those whose shares are listed on a stock exchange – are likely to be easy to monitor over time, because they are obliged to publish quarterly and half-year reports about their financial status.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> In the Spanish legislation, section 369 of the LSC deals with the notice of the occurrence of an event involving dissolution: “*La disolución de la sociedad de capital se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, la inscripción de la disolución al Boletín Oficial del Registro Mercantil para su publicación*”. IRUZUBIETA, *Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido)*, op. cit., 534: “*Se trata de un artículo de burocracia sudicia o más bien administrativa en orden a la publicación de la disolución de la sociedad*”; SCHRÖDER VILALTA, *Reformas en materia de disolución y liquidación*, in *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. by Artigas-Farrando Miguel-González Catilla), Navarra, 2012, 303: “*la obligatoriedad de la publicación del acuerdo de disolución se justificaba en aras a la protección de los terceros acreedores, para que tuviera conocimiento de la disolución con anterioridad a la inscripción de la disolución en el registro Mercantil. En en sociedades de responsabilidad limitada, sociedades caracterizadas tradicionalmente por su carácter más familiar o cerrado (aunque hoy en día esta concepción tradicional puede no ser así), dicha publicación parecía innecesaria*”.

<sup>13</sup> CAVALIERE, *Le cause di scioglimento [Events involving Dissolution]*, op. cit., 102; RACUGNO, *Venire meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari [Loss of Business Continuity, and Notification Obligations]*, in *Giur. comm.*, 2010, 219: “*Although the financial statement – the main goal of which is the protection of creditors – can provide valuable data about the financial status of a company, no law provision explicitly requires the publication of information about a critical situation that may lead to the termination of a company. Corporations are obliged to report to the market the loss of their share capital, but «this piece of information does not provide a reliable assessment of the real status of a company» [BOCCHINI, *Riforma organica della disciplina della crisi d'impresa ed economia dell'informazione: una lettura [Organic reform of the Law Dealing With Company Crisis, and Information Economics]*, in *Impresa e società, Studi dedicati a Federico Martorano*, Napoli, 2006, 167]. This for at least two reasons. First: a very small share capital (especially in small companies) does not allow us to make reliable assumptions about the future of a company, even in the event of its reduction below the minimum level envisaged by the law. A limited-liability company that is profitable, has many employees and can easily get self-liquidating loans will continue to exist for years even if its share capital is as*

<sup>7</sup> BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. [Directors in Joint-Stock Companies]*, op. cit., 169.

<sup>8</sup> AIELLO, *Scioglimento della società e responsabilità di amministratori e sindaci tra “vecchio” e “nuovo” diritto [Dissolution of Limited-Liability Companies, and Liabilities of Directors and Statutory Auditors between the “Old” and the “New” Legislation]*, op. cit., 2010, 15: “*the reform of company law has not reduced or cancelled the liability of directors for damages incurred because of their delay or failure to perform their duties; rather, it may seem that their liability has been extended to some degree. Therefore, the overall status of companies remains unchanged, as they still have the right to receive compensation for damages incurred due to law violations committed by directors*”.

<sup>9</sup> CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale [Standards of Conduct for the Board of Auditors]*, Standard 10.8. *Scioglimento e liquidazione [Dissolution and Liquidation]*, in *www.cndcec.it*, 18, retrieved on 18 March, 2011.

<sup>10</sup> CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale [Standards of Conduct for the Board of Auditors]*, Standard 10.8., op. cit., 18.

<sup>11</sup> BUONOCORE, *La fine dell'impresa societaria a base capitalistica [The End of Capitalistic Enterprise]*, in *La riforma del diritto societario* (edited by Buonocore), Torino, 2003, 187.

The events requiring an ascertainment because they are likely to involve the dissolution of the company under sections 2437 *quater* and 2473 of the Civil Code – i.e. the expiration of the company's expected lifespan, the achievement of its corporate purpose or the supervening impossibility to achieve it, the impossibility to operate or the ongoing inactivity of the meeting, as well as the reduction of the share capital below the minimum level envisaged by the law –, are evaluated by directors, with no exceptions.

No ascertainment is needed if the meeting takes a decision referred to in n. 6.<sup>14</sup> As for the registration of the resolution in the register of company, it is performed by the notary.

The declaration by which directors acknowledge the occurrence of an event involving the dissolution of the company is a joint act issued in the form of a resolution of the managing body, if it is made up of more than one person.<sup>15</sup>

The reference to creditors is particularly important for limited-liability companies, where the lack of a

---

low as ten thousand euro and it shows some deficit [MAUGERI, *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali* ["Unexpected" Contributions by Shareholders, and Protection of Assets in Corporations], Milano, 2005, 277], especially if shareholders continue to make contributions in order to finance the company, as it usually happens. Second: the mere reduction of the share capital under the minimum value envisaged by the law is not sufficient to apply the provisions listed in section 2447 of the Civil Code, unless more than one third of the capital is lost. This means that the company may continue to carry out its activities as long as the loss does not exceed one third of its share capital [NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capital* [Decrease of Share Capital], in *Trattato delle società per azioni* (dir. by Colombo-Portale), Torino, 1993, 197].

<sup>14</sup> The intervention of the meeting is always required by the Spanish legislation. Section 364 of the LSC, named "*Acuerdo de disolución*", reads: "*En los casos previstos en el artículo anterior, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la Junta General adaptado con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198, y con el quorum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201*".

<sup>15</sup> FIMMANÒ, *Accertamento, pubblicità ed effetti dello scioglimento* [Ascertainment, Notification, and Effects of Disolution], op. cit., 113 writes: "The joint nature of such an action is marked by the fact that if directors do not perform the ascertainment («...if directors fail to perform their duties...»), the law states that each director can resort to the court so that it may issue a verdict on the matter. If a single director were allowed to carry out the ascertainment independently of the others, there would be no explanation for the provision under which the same person is allowed to have the ascertainment performed by the court. If it were not a joint task, in the event that the managing body failed to act, a single director could perform the ascertainment independently, without resorting to the court. The law requires directors to resort to the court because the board as a whole must carry out the ascertainment. Therefore, in limited-liability companies with more than one director, the whole board must perform the ascertainment even if the company is not managed jointly by all the directors, because such an important action can only result either from the intentions of the entire board or from a verdict of the court.

provision similar to section 2394 of the Civil Code has given rise to doubts as to whether such a liability actually exists.<sup>16</sup>

The second clause states that if directors fail to perform their duties, the court must carry out the ascertainment, at the request of *individual shareholders, directors or statutory auditors*.

Directors fail to comply with the law even if that they do ascertain the occurrence of an event involving the dissolution of the company but do not report it to the register.<sup>17</sup> In such a case, statutory auditors are not obliged to resort to the court, in compliance with sections 2406 and 2477 (last clause) of the Civil Code.

Moreover, it is necessary to define the obligations of the directors that arise when a company undergoes dissolution in the cases provided by the charter.

The last clause of section 2484 of the Civil Code explicitly provides that the occurrence of an event listed in the charter or in the articles of association, and referred to in section 2484 n. 7 clause 1 of the Civil Code, can only be ascertained, acknowledged, and reported based on the provisions of the company's charter or articles of association.

In such cases, shareholders decide who should ascertain or acknowledge the occurrence of the event and who should report it, and indicate is in an additional clause.<sup>18</sup>

A coordinated reading of both the last clause of section 2484 and section 2479 of the Civil Code seems to indicate that, in limited-liability companies, the shareholders' autonomy in defining other causes

---

<sup>16</sup> See LAURINI, *Manuale breve della srl* [Short Manual of Limited-Liability Companies], op. cit., 98 for a general discussion of this topic. For a description of directors' liabilities towards the creditors of limited-liability companies, see the guidelines issued by the court of Naples: Court of Naples, verdict issued on 11 November, 2004; Court of Naples, verdict issued on 12 May, 2004; Court of Naples, verdict issued on 16 April, 2004, in *Società* 2005, 1007, with a note by CRISTIANO.

<sup>17</sup> The first clause requires directors to ascertain the occurrence of the event immediately, and take the measure referred to in section 2484 of the Civil Code, i.e. submit to the register of companies «the declaration by which directors acknowledge the occurrence of the event».

<sup>18</sup> The law provides that the event referred to in the charter must be acknowledged by a person defined "the competent person" [GALGANO, *Il negozio giuridico* [Legal Transactions], in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu Messineo, Milano, 2002, 160; CARRESI, *Il contratto* [Contracts], in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu Messineo, Milano 1987, 266, who argues that such a case is similar to the one termed *condizione risolutiva potestativa* in the Italian legal system, i.e. the case in which the «termination of a legal transaction» depends on the will of a third party]. Therefore, the event involving the dissolution of the company is outlined in the charter, but its occurrence can only be acknowledged by the competent person, who may be a third party [Court of cassation, verdict issued on 24 February, 1986, n. 1113, Rep. giur. It., 1976]. As for the competent persons, section 2479, clause 4, of the Civil Code provides that only the meeting can amend the charter of introduce relevant changes in the corporate purpose or in the rights of the shareholders.

of dissolution cannot include the definition of cases in which the winding-up is not decided by the meeting.<sup>19</sup>

## 2. The impossibility to achieve the corporate purpose

Among the events involving the dissolution of a company, there are the achievement of the corporate purpose and the supervening impossibility to achieve it, as provided by section 2484, clause 1, n. 2, of the Civil Code.<sup>20</sup>

Both doctrine<sup>21</sup> and jurisprudence<sup>22</sup> have regarded the supervening impossibility to achieve the corporate purpose – whether juridical or de facto – as an objective, absolute, and definitive condition that makes the continuation of the company useless or unprofitable.

The impossibility to achieve the corporate purpose is deemed a cause of dissolution only if it is irreversible, absolute and definitive in a way that makes the continuation of the company no longer profitable.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> FIMMANÒ, *Accertamento, pubblicità ed effetti dello scioglimento [Ascertainment, Notification, and Effects of Dissolution]*, op. cit., 121, writes that: “Such a clause in the charter would bypass the meeting, whose authority limits the contractual autonomy [of other individuals]. Indeed, the decision of the competent person would be similar to «an operation resulting in a significant modification of the corporate purpose defined in the charter, or in a relevant change in the rights of the shareholders», and therefore only the meeting can be allowed to decide on the cause of dissolution, whether publicly or not. What can happen in a limited-liability company is, at most, the deformatization of the meeting that decides on the dissolution, compared to what section 2484 n. 6 of the Civil Code provides. Such a deformatization is allowed because the event involving dissolution has been previously defined and is not the result of a «sudden» decision, ad referred to by section 2484 n. 6 of the Civil Code. In joint-stock companies these limitations are less strict, so that even third parties outside the meeting are allowed to «decide» and affect the content of the «contract». If the «competent person» is only required to ascertain the occurrence of an event involving the dissolution of the company, the limitations affecting the autonomy of the shareholders should be analyzed differently. In such cases, the [aforementioned] provision appears to be applicable to limited liability companies as well, since the «ascertainment» is carried out by directors under section 2485 of the Civil Code, not by shareholders”.

<sup>20</sup> For a detailed analysis of the cases of dissolution due to the achievement of the corporate goal or to the supervening impossibility to achieve it, see NICCOLINI, *Trattato [Treatise]*, op. cit., 270; MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale [Crisis of Companies and Impossibility to Achieve the Corporate Purpose]*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 245; NICCOLINI, sub *sect. 2484*, in *Società di capitali, Commentario* (edited by di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres), Napoli, 2004, III, 1706.

<sup>21</sup> DI SABATO, *Manuale [Manual]*, op. cit., 557; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale [Commercial Law]*, op. cit., 523.

<sup>22</sup> Court of Cassation, verdict n. 4683, issued on 21 July, 1981, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 7.

<sup>23</sup> In dealing with the *imposibilidad de conseguir su fin social*, the Spanish legislation provides that: IRUZUBIETA, *Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido)*, op. cit., 528: “El fin de toda sociedad es el de conseguir beneficios para sus inversores pues está animada por el ánimo de lucro. Nadie invierte en una sociedad en calidad de socio para perder dinero o para no ganarlo. El fin social no es precisamente

Therefore, a suspension of the activities due to a temporary hurdle, the problems faced by a company during its operation, or the renunciation to the pursuit of profit cannot be regarded as an impossibility to achieve the corporate purpose.<sup>24</sup>

From a different point of view, it has been argued that the law provisions dealing with the achievement of the corporate purpose or the impossibility to achieve it are somewhat ambiguous, because the “achievement” tends to overlap with the “purpose”.<sup>25</sup> Such an ambiguity could be overcome by matching the definitions of “corporate purpose” and “profit”, “which gives rise to the tendency to define the inability to create profit as the impossibility to achieve the corporate purpose”.<sup>26</sup>

Therefore, it seems safe to assume that the impossibility to achieve the corporate purpose corresponds to the impossibility to carry out an activity.

If the corporate purpose is achieved, the program for the implementation of which the company had been set up is deemed successfully completed. On the contrary, if this program can no longer be implemented, every interest of the parties in keeping the company alive is definitively lost.<sup>27</sup>

The actual way in which an event entails the dissolution of a company depends on how analytically the business activity underlying the corporate purpose was outlined, which, in turn, depends on how analytically the corresponding clause in the charter is.

As a result, the meeting may amend the charter in a way that enables the company to resume its activities.<sup>28</sup>

Therefore, it is safe to assume that the supervening impossibility to achieve the corporate purpose or its achievement do not automatically result in the dissolution of the company. Rather, under such circumstances the managing body is only required to convene the meeting of the shareholders as soon as possible, so

*el objeto social, ya que este último está directamente vinculado con la clase de actividad mercantil, mientras que la finalidad es, como se dijo, el ánimo de lucro. Así, pues, si el objeto se mantiene pero la finalidad no, la sociedad debe disolverse porque no cumple con su finalidad. Desaparecido el ánimo de lucro o la posibilidad de sacar provecho de él, la sociedad mercantil como tal debe ser disuelta”.*

<sup>24</sup> TRAVERSA, *Le cause di scioglimento [Events Involving Dissolution]*, in *Scioglimento e liquidazione delle società* (edited by Fimmanò), Milano, 2011, 44.

<sup>25</sup> Consiglio Nazionale Notariato, *Studio n. 237/2014*, 2.

<sup>26</sup> Consiglio Nazionale Notariato, *Studio n. 237/2014*, 3: “In addition to the fact that such a personal interest could be protected by just regarding the failure to produce profit for a certain time as a (sufficient) cause for termination, it is noteworthy that the approach we are dealing with, which was already controversial in the original system, has become even less convincing in the current system, due to its preconditions and outcomes”.

<sup>27</sup> NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, op. cit., 265.

<sup>28</sup> FIMMANÒ-TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma [Dissolution, Liquidation, and Termination of Companies after the Reform]*, op. cit., 1345.

that it may amend the charter in a way that enables the company solve its functional “problem”.

It has been argued that by no means can financial difficulties – however serious –, especially those affecting the business continuity, be deemed sufficient to cause the dissolution of a company under section 2484, clause 1, n. 2, of the Civil Code; for this reason, directors are not allowed to submit to the register a declaration acknowledging their occurrence. This makes it necessary to define the consequences of the submission of a declaration that is erroneous, and thus unlawful, even when issued by the meeting.<sup>29</sup>

The idea of “unprofitability of the company”, means that the impossibility to achieve the corporate purpose marks the juridical or material impossibility to carry out the activity underlying said purpose, but such a condition has to be objective, absolute, irreversible, and definitive.

### 3. The failure of the meeting to operate and its continuing inactivity

Among the causes for the dissolution of a company referred to in section 2484, clause 1, n. 3, of the Civil Code, there are the meeting’s failure to operate properly and its continuous inactivity.<sup>30</sup>

The ascertainment of the definitive inability of the meeting to work – notwithstanding the obvious differences in the quantitative and qualitative criteria adopted<sup>31</sup> – is carried out not only by directors, who are allowed to resort to the court to have the liquidators appointed, but also, primarily, by statutory auditors.

More specifically, the inability of the meeting to work occurs when the contrasts among shareholders prevent the formation of a majority, whereas the inactivity occurs when shareholders do not take part in the meeting.<sup>32</sup>

In both cases, dissolution is allowed only if the necessary decisions on which the survival of the company depends can no longer be made.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Consiglio Nazionale Notariato, *Studio n. 237/2014*, 6.

<sup>30</sup> The Spanish legislation too refers to *la paralización de los órganos sociales*. IRUZUBIETA, *Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido)*, op. cit., 528: “Esta circunstancia se puede dar cuando una sociedad no logra sacar adelante una elección de socios o, simplemente, por desidia deja vencer todos los plazos legales y estatutarios para cumplir con la obligación de elegir a las personas que integrarán los órganos de dirección y de administración. Por ejemplo, en las sociedades comanditarias por acciones, la separación del socio colectivo exige una nueva elección con modificación de los statuto[s?] y si no se lleva al cabo estas actividades sociales, la sociedad queda descabezada y no puede actuar en el tráfico mercantil”.

<sup>31</sup> GAETA, *L'impossibilità di funzionamento dell'assemblea: necessità di un accertamento concreto [The Inability of the Meeting to Operate: the Need for a Concrete Assessment]*, op. cit., 750.

<sup>32</sup> FERRARA JR-CORSI, *Gli imprenditori e le società [Entrepreneurs and Companies]*, Milano, 2001, 648.

<sup>33</sup> Court of Naples, verdict issued on 12 January, 1989, in *Giur. comm.*, 1989, I, 426 and in *Società*, 1989, 839; Court of Cassa-

tion, verdict n. 2703 issued on 8 November, 1967, in *Foro it.*, 1968, I, 87; Court of Cassation, verdict n. 5498 issued on 8 May, 1992, in *Società*, 1992, 1066; Court of Rome, verdict issued on 25 September, 2007, in *Riv. dir. comm.*, 1-2-3, 1, which reads: “The inability to operate and the continuing inactivity of the meeting cause the dissolution of the company if they prevent the decision-making that is essential to the survival of the company, such as the approval of the balance sheet or the renewal of the Board.”; Court of Modena, verdict issued on 5 April, 1983, in *Società*, 1983, 1156, and Court of Pavia, verdict issued on 17 September, 1988, in *Società*, 1988, 1297; App. Firenze 21 June, 1965, *Giur. tosc.*, 1965, 693; App. Bologna, 18 May, 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 430, argues that the failure to approve the balance sheet for two years marks the irreversible inability of the meeting to operate; Court of Ascoli Piceno, verdict issued on 7 August, 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, 209. The Court of Ravenna, in the verdict issued on 3 February, 2006, in *Giur. it.*, 2006, 10, 1876, states: “The inability to operate, for the purposes of section 2484 of the Civil Code, occurs when the meeting becomes irreversibly unable to fulfill its basic duties, i.e. decision-making, management and control, which are necessary for the company to achieve its purpose”. *Contra* Court of Ascoli Piceno, verdict issued on 7 August, 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, 209.

tion, verdict n. 2703 issued on 8 November, 1967, in *Foro it.*, 1968, I, 87; Court of Cassation, verdict n. 5498 issued on 8 May, 1992, in *Società*, 1992, 1066; Court of Rome, verdict issued on 25 September, 2007, in *Riv. dir. comm.*, 1-2-3, 1, which reads: “The inability to operate and the continuing inactivity of the meeting cause the dissolution of the company if they prevent the decision-making that is essential to the survival of the company, such as the approval of the balance sheet or the renewal of the Board.”; Court of Modena, verdict issued on 5 April, 1983, in *Società*, 1983, 1156, and Court of Pavia, verdict issued on 17 September, 1988, in *Società*, 1988, 1297; App. Firenze 21 June, 1965, *Giur. tosc.*, 1965, 693; App. Bologna, 18 May, 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 430, argues that the failure to approve the balance sheet for two years marks the irreversible inability of the meeting to operate; Court of Ascoli Piceno, verdict issued on 7 August, 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, 209. The Court of Ravenna, in the verdict issued on 3 February, 2006, in *Giur. it.*, 2006, 10, 1876, states: “The inability to operate, for the purposes of section 2484 of the Civil Code, occurs when the meeting becomes irreversibly unable to fulfill its basic duties, i.e. decision-making, management and control, which are necessary for the company to achieve its purpose”. *Contra* Court of Ascoli Piceno, verdict issued on 7 August, 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, 209.

On the other hand, some<sup>34</sup> claim that the dissolution of the company can occur only in the event of a failure of the meeting, because the law does not mention any other body.<sup>35</sup>

This point of view is based on the assumption that “only a failure of the meeting affects the individuals most directly involved in the destiny of the company; therefore an irreversible failure prevents any chance to carry on the activities on which the company relies, thus resulting in its termination”.<sup>36</sup>

A question remains unanswered, as to whether the dissolution can be carried out when shareholders have to express their opinions in writing, as provided by section 2479 of the Civil Code, which deals with limited-liability companies.

tion, verdict n. 2703 issued on 8 November, 1967, in *Foro it.*, 1968, I, 87; Court of Cassation, verdict n. 5498 issued on 8 May, 1992, in *Società*, 1992, 1066; Court of Rome, verdict issued on 25 September, 2007, in *Riv. dir. comm.*, 1-2-3, 1, which reads: “The inability to operate and the continuing inactivity of the meeting cause the dissolution of the company if they prevent the decision-making that is essential to the survival of the company, such as the approval of the balance sheet or the renewal of the Board.”; Court of Modena, verdict issued on 5 April, 1983, in *Società*, 1983, 1156, and Court of Pavia, verdict issued on 17 September, 1988, in *Società*, 1988, 1297; App. Firenze 21 June, 1965, *Giur. tosc.*, 1965, 693; App. Bologna, 18 May, 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 430, argues that the failure to approve the balance sheet for two years marks the irreversible inability of the meeting to operate; Court of Ascoli Piceno, verdict issued on 7 August, 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, 209. The Court of Ravenna, in the verdict issued on 3 February, 2006, in *Giur. it.*, 2006, 10, 1876, states: “The inability to operate, for the purposes of section 2484 of the Civil Code, occurs when the meeting becomes irreversibly unable to fulfill its basic duties, i.e. decision-making, management and control, which are necessary for the company to achieve its purpose”. *Contra* Court of Ascoli Piceno, verdict issued on 7 August, 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, 209.

<sup>34</sup> NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, op. cit., 278.

<sup>35</sup> FIMMANÒ-TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma [Dissolution, Liquidation, and Termination of Companies after the Reform]*, op. cit., 1346.

<sup>36</sup> Russo, *Mancata approvazione del bilancio e abuso del diritto di voto nelle società paritetiche [Failure to Approve the Financial Statement, and Abuse of the Right to Vote in Joint Companies]*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 200; BUONOCORE, *Scioglimento, liquidazione [Dissolution and Liquidation]*, op. cit., 186 argues: “one thinks, for instance, of the circumstances in which the meeting is not convened or, if it is convened, shareholders fail to take part in it and do not make decisions on relevant matters such as the balance sheet or the appointment of directors. It is worth mentioning that even the report n. 996 to the Civil Code indicates that the inability to operate occurs only when a regularly convened and formed meeting is no longer able to make decisions due to contrasts among members, which make it impossible to achieve a majority. However, it is commonly argued that such an impossibility must be objective and absolute”.

A part of the doctrine<sup>37</sup> has argued that in such cases the company should undergo dissolution due to the impossibility to achieve its purpose, since it becomes impossible to form the quorums referred to in section 2479 of the Civil Code – for the matters pertaining to the shareholders – and to achieve the qualified minority – one third of the capital – required to convene the meeting. We share this point of view, because the inability of the meeting to work, referred to in section 2484 n. 3 of the Civil Code, can only mean – at least for limited-liability companies – that the company ceases to function when it becomes impossible to make the decisions pertaining to the meeting.

The reference to the meeting only emphasizes the idea that a company must undergo dissolution if it faces a situation in which its will can no longer be expressed.<sup>38</sup> In limited-liability companies, this can also occur even when shareholders are required to express their opinions in writing. In such a case, dissolution can take place if it becomes impossible to determine the will of the company, due to its failure to make any decisions affecting vital issues such as the financial statement and the appointment of directors and statutory auditors – if such auditors are required under section 2477 of the Civil Code – in the ways referred to in section 2479 of the Civil Code.<sup>39</sup>

Statutory auditors have to check periodically whether the meeting of the company is working properly.

From a quantitative perspective, statutory auditors have to find out whether the meeting becomes irreversibly unable to perform its duties; this requires the meeting to stay inactive not for one session only, but for a much longer time, so that its irreversible inability to operate may be ascertained beyond any reasonable doubt.<sup>40</sup>

In dealing with the meeting's inability to operate or with its continuous inactivity, it does not matter how many times it actually failed to approve a resolution; rather, the general circumstances in which the meeting ceased to operate should be taken into account. It is necessary to consider all the elements that may lead to believe that the meeting has become totally and irreversibly unable to perform its duties.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> PINTUS, *Lo scioglimento [Dissolution]*, in *La nuova srl* (edited by Farina-Ibba-Racugno-Serra), Milano, 2003, 448.

<sup>38</sup> CARDARELLI, *Contrapposizione insanabile tra i soci e causa di scioglimento della s.r.l.* [Irreversible Contrasts among Shareholders as a Reason for the Dissolution of Limited-Liability Companies], op. cit., 599.

<sup>39</sup> See PASQUARIELLO, *sub* section 2484, in *Il nuovo diritto delle società* (a cura di Maffei Alberti), Padova, 2005, III, 2150.

<sup>40</sup> GAETA, *L'impossibilità di funzionamento dell'assemblea: necessità di un accertamento concreto*, op. cit., 753. The author argues that: "It is not sufficient for the meeting to stay inactive for one session only; rather, the inactivity has to last for a much longer time, so that its inability to operate may be ascertained".

<sup>41</sup> Court of Prato, verdict issued on 17 December, 2009, op. cit.,

The occurrence of this irreversible and stable condition cannot be ascertained absolutely, but only in a relative way, since such a judgement is likely to change if the positions of the parties undergo some changes and the meeting starts working again.<sup>42</sup>

Generally speaking, in order to find out whether the inability of the meeting to operate or its continuous inactivity is serious enough to dramatically affect the administrative body and involve the dissolution of the company, it is necessary to ascertain whether this failure is caused by some shareholders only, and take into account the type of unapproved resolutions, rather than the number of times in which the meeting failed to make any decisions.<sup>43</sup>

From a qualitative point of view, instead, statutory auditors are not required to check how many sessions ended without any resolution being approved about the items on the agenda. Rather, they should only consider the resolutions that are necessary for the survival of the company.

Statutory auditors must ascertain the approval of the financial statement, which is one of the necessary decisions the meeting is required to make; indeed, the failure to approve it usually shows irreconcilable contrasts and can lead to the dissolution of the company.<sup>44</sup>

The inability of the meeting to operate occurs when it finds itself in a condition in which it is irreversibly unable to fulfill its necessary duties.<sup>45</sup> Therefore, the inability to operate or the continuous inactivity

748.

<sup>42</sup> Court of Cassation, sec. I, verdict n. 9267, issued on 24 October, 1996, in *Mass. Giur. It.*, 1996: "The judiciary ascertainment of the need to terminate a company depends on the actual attitude of the affected parties in the context of their relationships with the company, as well as on their obvious intentions".

<sup>43</sup> Court of Alessandria, verdict issued on 13 December 2010, in *Foro it.*, 2011, 627; Court of Prato, verdict issued on 17 December 2009, in *Giur. merito*, 2011, 747.

<sup>44</sup> Court of Prato, verdict issued on 17 December, 2009, op. cit., with a note by Gaeta, 758: "The aforementioned decision [...] subordinates the ascertainment of the inability to operate to objective, real circumstances, and refers to the verdicts issued by the Court of Cassation. The Court had already declared in the past that, in deciding whether to terminate a company due to the inability of its meeting to operate, the reasons underlying its inactivity should be taken into account, in order to find out whether this condition can be reversed by taking the appropriate measures referred to by the legislation".

<sup>45</sup> GAETA, *L'impossibilità di funzionamento dell'assemblea: necessità di un accertamento concreto [The Inability of the Meeting to Operate: the Need for a Concrete Assessment]*, op. cit., 758: "However, the mere failure of the meeting to operate is not sufficient for the dissolution of a company, which depends on the meeting's absolute impossibility to operate. Therefore, the Court is required to find out whether the failure is irreversible due contrasts among shareholders resulting in the deterioration and in the degeneration of the functional structure of the meeting, or if such a condition is a temporary one and is likely to be reversed, based on the mutual trust among shareholders and on the ongoing economic activities of the company".

must result from permanent<sup>46</sup> contrasts among shareholders, confusion and laxity.<sup>47</sup>

It is important to identify the reasons underlying the inactivity of the meeting, in order to find out whether this condition can be reversed by taking the necessary measures referred to by the law, which may allow the meeting to start working properly again.<sup>48</sup>

For the purpose of ascertaining the permanent and objective inability of the meeting to operate, the monitoring body is required to ensure that several attempts are made to achieve a majority, that the meeting remains inactive for a relatively long time, that there is a contrast between shareholders, and that such a contrast shows in the minutes of the meetings.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> According to the Court of Cassation, verdict n. 9627 issued on 24 October, 1997, in *Società*, 1997, the lack of the quorum to voluntarily liquidate a company does not mean that the meeting has become unable to operate, but only indicates that it did not accept the proposed dissolution”.

<sup>47</sup> Court of Rome, verdict issued on 11 July, 1984, in *Foro it.*, 1985, I, 870. The judges applied the principle outlined in the text, and ordered the dissolution of the company due to the failure of the meeting to appoint new directors to replace the old ones, dismissed more than one year before, despite the fact that the same meeting was actually able to make decisions about other matters. Court of Cassation, verdict n. 16999 issued on 26 August, 2004, in *Società*, 2005, 599 with a note by CARDARELLI, *Contrapposizione insanabile tra i soci e causa di scioglimento della s.r.l. [The Inability of the Meeting to Operate: the Need for a Concrete Assessment]*.

<sup>48</sup> Court of Cassation, verdict n. 5498 issued on 8 May, 1992, in *Società*, 1992, 1066.

<sup>49</sup> GAETA, *L'impossibilità di funzionamento dell'assemblea: necessità di un accertamento concreto [The Inability of the Meeting to Operate: the Need for a Concrete Assessment]*, op. cit., 758: “It is clear that especially in limited-liability companies, where the principle of collegiality is on the wane, the paralysis of the meeting should be less frequent, particularly in companies with a small number of shareholders who vote in writing. In these cases, the problem of the ascertainment of the event involving the dissolution of the company under section 2484, clause 1, n. 3, of the Civil Code arises, in connection with both the powers of the meeting and the simplified decision-making, which, however, cannot be separated from some stages of the decision of the meeting”.



## Riflessioni sull'equilibrio delle prestazioni nei rapporti tra imprese tra neoformalismo e tutela del mercato

### abstract

*In the relations between enterprises is becoming more important the theme of information, whose completeness is of paramount importance to enable the firm – contractor to overcome the “information asymmetries” that derive from a different position of strength within the market in which they operate. In this perspective, it may be appropriate to identify the procedural mechanisms established by law, which allow achieving a contractual balance in the definition phase of the contract as well as any post compensation in case of violation of these rules.*

### keywords

*Contractual balance – Business contracts – Market protection – B2B.*

### abstract

*Nei rapporti tra imprese assume sempre maggior rilievo il tema dell'informazione, la cui completezza è di primaria rilevanza per consentire all'impresa – contraente di superare le “asimetrie informative” che derivano da una diversa posizione di forza all'interno del mercato nel quale opera. In tale prospettiva, può essere opportuno individuare i meccanismi procedurali, previsti dalla legge, che consentono il raggiungimento di un equilibrio contrattuale nella fase di definizione del contratto nonché gli eventuali rimedi risarcitori in caso di violazione di tali regole.*

### parole chiave

*Equilibrio contrattuale – Contratti di impresa – Tutela del mercato – Terzo contratto.*

### sommario

**1.** Introduzione: sulla esistenza dogmatica della categoria dei “contratti di impresa”. – **2.** La rilevanza delle informazioni nella conclusione del contratto. – **3.** Atto e attività: le diverse regole di interpretazione. – **4.** Asimmetrie informative e tutela del mercato. – **5.** Cenni sul valore commerciale dell'informazione. – **6.** Subfornitura e ritardi dei pagamenti tra mercato e tutela del contraente “debole”. – **7.** I meccanismi di proceduralizzazione nei contratti asimmetrici. – **8.** Neoformalismo e “Statuto dell'impresa”. – **9.** Sintesi delle prospettive delineate. – **10.** Asimmetrie

informative e debolezza contrattuale. – **11.** I rimedi risarcitori.

### 1. Introduzione: sulla esistenza dogmatica della categoria dei “contratti di impresa”

Affrontare la problematica dell'equilibrio delle prestazioni nell'ambito dei rapporti, tendenzialmente asimmetrici, tra imprese impone, inevitabilmente, un confronto tra la prospettiva del civilista – con particolare, ma non esclusiva, attenzione al momento di formazione dell'atto negoziale – e quella che solitamente è utilizzata da chi è più vicino, per sensibilità o formazione, al diritto commerciale<sup>1</sup>. Il confronto si pone su un duplice piano: da un lato, infatti, con riferimento all'assetto interno del regolamento negoziale, va posta attenzione al profilo dell'interpretazione ed alle peculiarità delle diverse prospettive individuabili ed esemplificate nei concetti di atto e di attività<sup>2</sup>; dall'altro, è opportuno un esame degli effetti dell'atto negoziale nei confronti dei terzi e, in particolare, degli effetti di tale atto nei confronti del mercato, soprattutto con riferimento al ruolo dell'autonomia privata nel mercato stesso<sup>3</sup>.

Si tratta, per quanto ovvio, di temi sui quali si discute da tempo, oggetto di diversi e numerosi studi:

<sup>1</sup> MACARIO, *Dai “contratti delle imprese al “terzo contratto”*: nuove discipline e rielaborazione delle categorie, in *Un maestro del diritto commerciale. Arturo Dalmartello a cento anni dalla nascita*, a cura di Dolmetta e Portale, Milano, 2010, p. 127; CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico – ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849.

<sup>2</sup> CAPO, *Attività di impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, pp. 59 ss.

<sup>3</sup> G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Le anamoforsi del diritto civile attuale*, p. 267, spec. p. 287: “tuttavia, un libero mercato, pur con tutte le contraddizioni, le insufficienze, le manchevolezze, gli eccessi stessi, cui può anche dar luogo una incontrollata libertà di iniziativa economica (ed alcuni non irrilevanti controlli possono rendersi e si sono, in concreto, resi necessari, a tutela delle categorie economicamente più deboli, sia in riguardo allo svolgimento dell'attività di concorrenza, sia con riferimento agli istituti che ne costituiscono la premessa, come la stessa proprietà), il libero mercato, dicevo, proprio perché è costruito per soddisfare domande non desiderati, è e resta, comunque libero, pur se sottoposto ad alcuni controlli correttivi, quando gli scambi continuano a determinarsi, in esso, in materia spontanea e non coattiva. E in questo senso la libera concorrenza è tendenzialmente (certamente non sempre) un segno della libertà del mercato e di autonomia di coloro che in esso agiscono”.

si pensi, ad esempio, al profilo dell'influenza delle informazioni nella fase di conclusione del contratto<sup>4</sup> o di come, sotto un diverso ambito, già nel codice civile siano presenti tecniche e modalità di integrazione del contratto, con il necessario corollario dell'insufficienza della mera volontà delle parti a definire, pur nel rispetto dell'autonomia privata, un contratto valido ed efficace, secondo l'impostazione normativa vigente<sup>5</sup>.

Dall'altro, i profili dell'informazione, in relazione sia ai rapporti tra i contraenti sia in relazione alla più generale visione del mercato nel quale il contratto si pone, hanno assunto, proprio negli ultimi anni, una notevole rilevanza, soprattutto nell'ambito dell'analisi economica del diritto<sup>6</sup>, pur in presenza di significative voci che, per contro, ritenevano oramai scarsamente rilevanti le modalità negoziali di attuazione dell'autonomia privata<sup>7</sup>. Del resto, e ciò proprio intende confermare il vivo interesse del tema oggetto della presente riflessione anche nell'ambito della realtà economica odierna, l'evoluzione dei mercati ed il fenomeno della c.d. globalizzazione hanno inteso spostare la questione della rilevanza dei legami tra imprenditori da un piano di mera efficacia interna ai singoli imprenditori coinvolti nell'accordo negoziale, ad un piano esterno, coinvolgendo tutti i soggetti che subiscono, in qualche modo, gli effetti dell'attività negoziale svolta dall'impresa collettiva: si pensi, a titolo di esempio, alle questioni relative alle esigenze degli *stakeholders*, dei fornitori o dei creditori, spesso in contrapposizione con quella dei soci stessi<sup>8</sup>. Oppure, sempre per restare in tema, di come sia possibile, eventualmente, ritenere applicabile, *de iure condendo*, ai rapporti tra

asimmetrici tra imprese – il c.d. terzo contratto<sup>9</sup> – la disciplina dettata nell'ambito dei rapporti tra professionista e consumatore<sup>10</sup>.

## 2. La rilevanza delle informazioni nella conclusione del contratto

La prospettiva della completezza delle informazioni, al fine di giungere alla definizione dell'accordo contrattuale, non costituisce certamente un elemento di riflessione innovativo nell'ambito della dottrina civilistica che, specie nell'ultimo periodo, si è dovuta confrontare con una disciplina normativa che si proponeva di equilibrare il diverso livello informativo tra i due potenziali contraenti<sup>11</sup>; ed analogamente, con riferimento al diverso contesto della contrattazione di impresa (e tra imprese) si è accentuata la rilevanza dell'informazione come mezzo potenzialmente in grado di generare, se non proprio reddito, utilità di rilievo ai fini dello svolgimento dell'attività imprenditoriale<sup>12</sup>. Non deve quindi sorprendere che, anche con riferimento ai rapporti tra imprenditori, sia stata di recente avviata una discussione sul tema – assai classico per i cultori del diritto civile – della giustizia contrattuale, ossia, della possibilità per il giudice di intervenire sul contenuto dell'accordo contrattuale stipulato tra le parti. Pur rinviando al prosieguo della trattazione, si può comunque sin d'ora evidenziare la diversa prospettiva, nella quale deve porsi l'interprete,

<sup>4</sup> Per ampi riferimenti ed ulteriori richiami bibliografici, cfr., di recente, D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza*, Napoli, 1996, pp. 70 ss.; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, pp. 34 ss.; VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241,

<sup>5</sup> Per un primo approccio ricostruttivo, rinviando in seguito per approfondimenti dedicate alle singole problematiche, cfr. C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2010.

<sup>6</sup> AA.VV., *Il mercato delle regole*, I, Bologna, 2006, pp. 138 ss.

<sup>7</sup> GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it. di Fusaro, Milano, 1998. La peculiare prospettiva, peraltro, della "morte" del contratto nell'opera in questione è ben evidenziata da ALPA, nella *Prefazione*, quando afferma che GILMORE "insiste sulla "morte perché vuol relativizzare la teoria generale classica e, se possibile, metterci una pietra sopra", così da compiere, nell'esame dell'accordo negoziale, soprattutto, "una analisi degli interessi concreti espressi dall'accordo condotto non con il metodo formale, ma con esame degli interessi sostanziali". Prospettiva che, di recente, è stata ampiamente approfondita da C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1999, pp. 913 ss.

<sup>8</sup> In ambito societario, ampiamente, cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni e gli "altri"*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2010, p. 45.

<sup>9</sup> Come noto, la definizione di terzo contratto, per indicare il rapporto contrattuale tra imprese caratterizzato da uno squilibrio, si deve a PARDOLESI, nella *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, e successivamente ripresa, ed anche oggetto di critiche, da numerosi autori: cfr. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di GITTI e VILLA, Bologna, 2008, p. 37; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699; FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, pp. 32 ss.

<sup>10</sup> Tema particolarmente controverso: si veda, per posizioni contrapposte, CAMARDI, *Contratti di consumo e contratto tra imprese: riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 569 e CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, I, Milano, 2008, p. 581. Sul punto, deve comunque rammentarsi l'orientamento tendenzialmente negativo a tale equiparazione, espresso da Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, 332.

<sup>11</sup> Il riferimento, come ovvio, è alla disciplina relativa ai rapporti tra imprese o professionisti e consumatori; ampiamente, sul punto, C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto*, cit., p. 60; FEDERICO, *Profili*, cit., p. 117; VETTORI, *Il diritto dei contratti tra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751; BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, I, Roma, 1997, p. 63.

<sup>12</sup> Per il profilo, in parte connesso a quanto evidenziato nel testo, della valutazione della convenienza economica del contratto, cfr. P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641.

se chiamato a confrontarsi con la questione dell'equilibrio del contratto, in relazione agli accordi negoziali conclusi tra privati o tra imprenditori. Mentre nella prima ipotesi l'eventuale intervento giudiziale limiterà i propri effetti all'interno del rapporto tra i contraenti, il medesimo intervento del giudice, con riferimento al contratto sottoscritto tra imprenditori, potrà, molto probabilmente, riflettersi, oltre che tra i contraenti, anche all'esterno, ossia nei confronti del mercato all'interno del quale l'accordo è stato sottoscritto<sup>13</sup>.

La rilevanza del contesto nel quale il contratto viene concluso tra le parti – e, in particolare, della qualità soggettiva dei contraenti<sup>14</sup> – si riflette, in misura non indifferente, sui due termini della questione poc'anzi richiamati; in primo luogo, alla stregua delle norme di diritto positivo vigenti in argomento – come di seguito illustrate – lo squilibrio tra le parti dovrà essenzialmente far riferimento a modalità di integrazione del contratto che tengano necessariamente conto del mercato – economico e giuridico – all'interno del quale il contratto si pone; e sotto una diversa angolazione, anche l'eventuale intervento del giudice dovrà necessariamente tenere conto di come e quanto il contratto, ed il relativo intervento correttivo, si riflettano sul mercato stesso<sup>15</sup>.

### 3. Atto e attività: le diverse regole di interpretazione

Può essere utile un cenno ad una particolare problematica che consente di illustrare, almeno parzialmente, la diversa prospettiva, di cui si è fatto cenno

<sup>13</sup> In tale circostanza, l'intervento del giudice è espressamente definito in termini di "sindacato di natura economica": ASTONE, *Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale*, in *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di A.M. Gambino, Torino, 2011, p. 914.

<sup>14</sup> Di recente, cfr. MAZZU', *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. not.*, 2009, p. 1135; MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 8; GRANIERI, *Proprietà, contratto e status nell'industria dell'informazione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2006, p. 111; per una prospettiva storica, cfr. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni Settanta del diritto privato*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di NIVARRA, Milano, 2008, p. 397.

<sup>15</sup> Il tema si connette strettamente con quello relativo ai poteri del giudice in ordine alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione ed alle modalità con le quali lo stesso può intervenire sul regolamento di interessi concluso tra le parti: cfr., in particolare, GITTI, *La "tenuta" del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 491; sotto un distinto profilo, nel senso, in particolare, di considerare in senso critico l'eccessiva libertà di determinazione dei privati e ritenerla, almeno parte, fonte di un aumento delle disparità e disegualianze sociali, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Roma – Bologna, 1970, p. 3. Di recente, per una lettura del sistema del diritto privato nella prospettiva di regolamentazione del mercato, cfr. ZOPPINI, *Il diritto privato quale tecnica di regolamentazione del mercato*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 203.

all'inizio del presente lavoro, che si offre all'interprete a seconda se i rapporti negoziali si pongano tra privati ed imprese. Si fa riferimento, in particolare, alla nota questione dell'utilizzabilità per gli statuti societari delle regole interpretative dettate in materia contrattuale<sup>16</sup>. In tale contesto, appare evidente che il legislatore, nel formulare le regole dell'interpretazione del contratto, sembra aver decisamente adottato, come modello di riferimento, la categoria dei contratti di scambio e non dei contratti associativi che si caratterizzano, nei suoi termini essenziali, per una prevalente finalità organizzativa legata alle regole di gestione dell'impresa in forma societaria<sup>17</sup>.

L'annotazione di rilievo, in tale contesto, attiene alla valenza sostanzialmente organizzativa dello statuto societario, intendendosi, con tale riferimento, la circostanza che lo statuto societario, più che fornire una regolamentazione di un assetto patrimoniale tra le parti, ha il precipuo scopo di dettare le regole di gestione della struttura associativa<sup>18</sup>; regole che, in particolare, hanno efficacia anche nei confronti dei terzi<sup>19</sup>. Non è mancato chi abbia osservato, infatti – ed il profilo testè evidenziato merita senz'altro di essere condiviso – che in tale ambito, la questione relativa all'interpretazione dello statuto societario si interseca, in maniera significativa, con quella dell'opponibilità delle regole dettate dallo statuto, fornendo quindi un ulteriore tassello rispetto alla disciplina già dettata dall'art. 2384 c.c.<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Si veda, in giurisprudenza, la nota Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151 edita, tra l'altro, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334; il complesso rapporto tra contratto di società ed impresa è stato di recente ripreso da C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2009, t. 1, p. 5.

<sup>17</sup> Si confrontino, sul punto, le riflessioni di C. ANGELICI in merito al rapporto tra intervento in assemblea e diritto di voto in *Note in tema di procedimento assembleare*, ora in C. ANGELICI, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 71 ss.

<sup>18</sup> Cfr. G. FERRI, *Diritto commerciale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964; ma soprattutto, vedi l'ampia analisi di P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano 1971, *passim*.

<sup>19</sup> In senso analogo, seppur con riferimento alla tematica della simulazione, cfr. G. FERRI, *Simulazione di società commerciali e diritto dei terzi*, in *Scritti Giuridici*, Roma, 1990, III, t.2, p. 802.

<sup>20</sup> La questione presenta numerosi profili di collegamento con la problematica della nullità della società, per la quale si rinvia al classico di C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1974, *passim*; sulla circostanza che le "regole" del diritto societario siano dettate a tutela della società, più che dei terzi che entrano in contatto con la stessa, cfr. F. GALGANO, *La società per azioni. Le altre società di capitali, Le cooperative*, Bologna, 1981, 59; analogamente, sul punto, E. BOCCHINI, *I vizi della costituzione e la "nullità della società per azioni"*, Napoli, 1977, p. 35; ma già in precedenza, per un approccio simile, ARENA, *Contributo allo studio dell'invalidità del contratto sociale e della sopravvivenza della società*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 280; *contra*, in particolare, MACRÌ, *Contratto e persona giuridica nella società per azioni nulla*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 21, il quale, in particolare – p. 34 – individua nel dettato di cui all'art. 2332 c.c. "non un intento conservativo, ma al contrario una

La prospettiva testè tracciata, soprattutto se valorizzata da un approccio tendenzialmente casistico, potrebbe altresì trovare una conferma da un esame – che può certo limitarsi ad un mero accenno – alla sostanziale differenza che il legislatore riconosce all'autonomia privata relativamente alla possibilità (o alla impossibilità) di definire e costituire fattispecie diverse rispetto a quelle previste normativamente; ed è ben noto che, mentre l'art. 1322 c.c. lascia largo spazio alla creatività nel fenomeno contrattuale<sup>21</sup>, ben limitati sono gli spazi di autonomia riconosciuti nell'ambito societario, dove le figure previste dal codice (o dalla disciplina speciale) appaiono rigidamente tipizzate, con la sola facoltà riconosciuta all'operatore di modificare, sotto certi aspetti, il profilo organizzativo interno ma, certamente, non quello a rilevanza esterna<sup>22</sup>.

#### 4. Asimmetrie informative e tutela del mercato

Nell'impostazione sistematica in precedenza delineata, peraltro, a ben vedere, il profilo della (in)completezza dell'informazione va a toccare proprio uno dei nodi centrale della problematica dell'equilibrio contrattuale nei rapporti tra imprese<sup>23</sup>. A differenza, infatti, di quanto si realizza all'interno di un rapporto tra impresa e utente – sia esso consumatore o professionista – nel quale il regolamento contrattuale, salvo casi particolari, esaurisce i propri effetti tra le parti contraenti, è opportuno evidenziare che ben diversa è la prospettiva che si pone all'interprete nel valutare l'assetto contrattuale tra imprese, in quanto nel caso di specie il regolamento di interessi riverbera i suoi effetti, tendenzialmente, all'esterno, ossia nei confronti del mercato e nei confronti di tutti coloro, operatori economici ed utenti finali, che su quel mercato si muovono.

*volontà di dissoluzione della società [corsivo dell'A.]*”; nella medesima prospettiva, ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1985, XVI, t.2, p. 270.

<sup>21</sup> Su tale argomento, anche per opportuni riferimenti, si rinvia a: S. ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc.*, VI, 1956, pp. 803 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, *passim*; SACCO, voce “*Autonomia nel diritto*”, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, I, 517 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, pp. 1 ss.; GRISI, *L'autonomia privata*, Milano, 1999, pp. 34 ss.

<sup>22</sup> È d'obbligo il riferimento alla tesi di P. SPADA, *La tipicità delle società*, Milano, 1974, per il quale, in particolare, a costituire un numero chiuso non sono i modelli societari ma i regimi delle responsabilità. Cfr., analogamente, dello stesso autore, cfr. *Diritto Commerciale*, I, Padova, 2004, p. 91. L'aspetto, per il profilo segnalato, è sostanziale irrilevante, posto che la tipicità viene richiamata quale essenziale elemento di tutela dei terzi, proprio tramite i “tipici” regimi di responsabilità.

<sup>23</sup> Ampiamente, si veda E. BOCCHINI, *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, Padova, 2001, ma anche, Id., *Teoria dell'informazione e revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p.121.

È quindi evidente che la questione dei rapporti tra imprese e, in particolare, in caso di rapporti asimmetrici tra imprese, si presenta all'interprete, ed è in questa chiave che si intende offrirne una disamina, come strumento, contestualmente, di protezione e di valorizzazione del mercato, potendosi in tal modo attuare pienamente la disposizione dell'art. 117, lett. e), della Costituzione, in punto di tutela della concorrenza, come valore di rilevanza costituzionale, ma anche sovranazionale<sup>24</sup>. Non deve quindi stupire se, ad un esame delle disposizioni che, negli ultimi anni, hanno affrontato la questione oggetto della presente indagine, siano necessariamente, e funzionalmente, estranee tutti quei meccanismi di etero integrazione del contratto previsti dal codice civile sostanzialmente imperniati su una valorizzazione del principio di buona fede, essendo per contro imperniati su una valorizzazione dei profili contrattuali destinatari di un provvedimento di potenziale riequilibrio di natura tendenzialmente oggettiva o, comunque, riferita a situazioni riconducibili alla realtà mercantile ed imprenditoriale, con particolare attenzione ai rapporti sviluppatasi nel mercato<sup>25</sup>. Non vi è dubbio, infatti, che la scelta chiaramente filo mercantilista emerga con nitidezza anche in ambito europeo, potendosi individuare una tendenza normativa, nell'ambito del diritto europeo dei contratti di impresa, ad indirizzare le condotte degli operatori economici verso fini di natura pubblicistici, a scapito, o comunque limitando, l'autonomia negoziale dei contraenti – imprenditori<sup>26</sup>. Ulteriore risvolto di tale approccio, peraltro, è il sempre crescente interesse per l'esame, nell'ambito delle relazioni imprenditoriali, dell'operazione economica piuttosto che del singolo scambio contrattuale, ritenuto insufficiente a descrivere e disciplinare la regolamentazione di interessi posta in essere dalle parti contraenti<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Si veda, in particolare, la prospettiva delineata da G. OPPO, *Principi*, Torino, 2001, pp. 37 ss., nonché le difficoltà emerse in punto di applicazione della disciplina antitrust successivamente all'introduzione nell'ordinamento italiano: M. LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano. Un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 491.

<sup>25</sup> Questione, comunque, controversa: per posizioni contrapposte, cfr. ROLLI, *Le attuali prospettive di “oggettivazione dello scambio”: verso la rilevanza della “congruità dello scambio contrattuale”*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 611 e GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 27.

<sup>26</sup> Così, AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti di impresa (B 2 b)*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1333; si vedano, comunque, in tema, le suggestive prospettazioni di G. FERRI, *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXX, p. 1055, nel senso di un emersione, in ragione dell'affermarsi di un principio di economia liberale, dell'idea di “ordine pubblico economico”, contrapposto alla classica nozione di “ordine pubblico”.

<sup>27</sup> GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905; Id., *Mercato, contratto, operazione economica*, *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1044.

## 5. Cenni sul valore commerciale dell'informazione

La valenza commerciale dell'informazione quale risorsa del (e per il) mercato – e, quindi, ben distinta dalla classica prospettiva generalmente esplorata per la quale l'informazione ha la funzione di riequilibrare le asimmetrie informative soltanto all'interno del rapporto negoziale al quale le informazioni si riferiscono – ben si coglie, tra l'altro, da un esame di un profilo forse meno esplorato rispetto ai consueti temi di indagine nella materia in questione, ma che presenta notevoli profili di interesse e che consente di fornire una diversa chiave di lettura della problematica dell'equilibrio dell'assetto contrattuale nei rapporti tra imprese. Come acutamente osservato, infatti, è necessario tener conto del fatto che “il valore per l'impresa di una nuova conoscenza può dipendere anche e soprattutto dalla sua indisponibilità per i concorrenti”<sup>28</sup>; ed in tale prospettiva l'ordinamento ha fatto sì che, anche in relazione a determinati rapporti contrattuali tra imprese, la segretezza e la non disponibilità delle informazioni possa, o debba, essere eliminata per porre su un – peraltro ipotetico – piano di parità i soggetti contraenti, mediante l'utilizzo e la predisposizione di tecniche incentivanti alla realizzazione di invenzioni e modalità applicative di utilizzazioni già note<sup>29</sup>. E ciò proprio alla stregua della considerazione, tutt'altro che innovativa, che in mancanza di un intervento del legislatore, ne risulterebbe un palese disincentivo alla ricerca ed all'innovazione<sup>30</sup>.

Concrete applicazioni di tali principi possono individuarsi nei particolari meccanismi di tutela della conoscenza in chiave “filo imprenditoriale” nei quali il sistema sceglie appositamente di non intervenire ponendo, quindi, i due eventuali soggetti contraenti su piani volutamente diversi: si fa riferimento, in particolare, ai modelli di tutela del segreto e del brevetto, con i quali si cerca di offrire una mediazione, tra l'interesse dell'imprenditore e l'interesse della collettività alla divulgazione dell'informazione riservata<sup>31</sup>.

Non deve quindi sorprendere che un attento esame delle particolari fattispecie normative che regolano i rapporti tra imprese induca a valutare e giustificare le

tecniche adottate di riequilibrio dei contratti stipulati tra imprese nell'ottica, e con la finalità, del mercato e quindi su un piano ben diverso da quello dei singoli rapporti contrattuali<sup>32</sup>; proprio perché, ed anche tale considerazione non si lascia certo apprezzare per la particolare novità, la fattispecie dell'imprenditore si caratterizza per una destinazione esterna della propria attività economica, ossia per la naturale destinazione verso il mercato dei propri prodotti e servizi<sup>33</sup>.

## 6. Subfornitura e ritardi dei pagamenti tra mercato e tutela del contraente “debole”

La prevalente finalità di tutela del mercato si coglie anche in merito alle due fattispecie più note, nell'ambito dei rapporti tra imprese, che lasciano intendere, in maniera effettivamente incisiva, la sussistenza di un potere correttivo – integrativo del giudice rispetto all'accordo già sottoscritto tra le parti; ci si riferisce, in particolare, all'art. 7 del d.lgs. 231/2002<sup>34</sup>, che prevede la nullità dell'accordo gravemente iniquo in danno del creditore e all'art. 9 della l. 1998/192, che sanziona l'abuso di dipendenza economica di un'impresa a danno di un'altra, in modo tale da determinare, “nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi”<sup>35</sup>. Ora, se è certamente vero che le disposizioni in questione hanno come obiettivo immediato quello di tutelare la parte ritenuta contrattualmente più debole del rapporto negoziale, è anche vero che nell'ambito della dottrina

<sup>32</sup> Così, ad esempio, pur nell'ambito di un complesso ed articolato esame dei rapporti tra mercato e autonomia privata, ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, p. 163, quando afferma che “il disegno politico economico delineato dalla Costituzione repubblicana impedisce di ravvisare un limite dell'autonomia contrattuale nelle necessità che essa risponda ad un generico criterio di utilità sociale”. Sul punto, IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, pp. 125 ss.; SAGNOTTI, *Le teorie del mercato*, Torino, 2000, pp. 45 ss.

<sup>33</sup> Cfr., in particolare, di recente, per una completa ed approfondita rivisitazione della fattispecie “impresa”, TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1, pp. 12 ss.

<sup>34</sup> Per qualche indicazione bibliografica, con rinvio di seguito per ulteriori approfondimenti, si veda SIMONE, *Il pagamento tardivo*, Napoli, 2005; VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004; G. DE NOVA – S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003; CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 57.

<sup>35</sup> Una parte della dottrina ha, in particolare, sostenuto che l'introduzione della disciplina della subfornitura abbia rappresentato, in Italia, il superamento della sostanziale parità di condizione dei contraenti che rivestano la qualità di imprenditori: cfr. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 3 ss. E con ciò si avrebbe anche il superamento della nota pronuncia della Corte Costituzionale del 22 novembre 2002, n. 469 – in *Foro It.*, 2003, I, 332 – che ha ritenuto di negare la possibilità di estendere la tutela consumeristica anche alle piccole imprese; sul punto, cfr. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1375.

<sup>28</sup> C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Bari, 2002, p. 66.

<sup>29</sup> GALLO, *Asimmetrie informative*, cit., p. 676, che riprende il criterio proposto da KRONMANN e POSNER, *The Economics of contract law*, Boston, 1979, per i quali occorrerebbe comunicare ogni informazione rilevante, salvo quelle costose.

<sup>30</sup> Non è un caso, per esempio, che le problematiche in tema di riservatezza delle informazioni imprenditoriali risultino del tutto assenti, in chiave prospettica, in un regime economico dirigista: cfr. LIPARI, *Il problema degli strumenti di programmazione economica incidenti sull'autonomia dei privati (schema di riflessione)*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, I, Atti della Tavola Rotonda tenuta a Macerata il 22-24 maggio 1970, Milano, 1971, p. 158.

<sup>31</sup> E. BOCCHINI, *Diritto commerciale*, cit., 124 ss.; l'approccio richiama in larga parte la teoria dei “contratti incompleti”, come ampiamente illustrata nell'analisi economica del diritto; cfr. AA.VV., *Il mercato delle regole*, cit., pp. 150 ss.

non sono rimaste isolate le tesi che hanno inquadrato tale tutela non come fine a se stessa ma attuata e riconosciuta, appunto, nell'ambito del mercato stesso ed in relazione al mercato stesso<sup>36</sup>. In primo luogo, infatti, non può trascurarsi, proprio in punto di diritto positivo, che con legge 57/2001 è stato aggiunto, proprio all'art. 9 sopra menzionato, il comma 3-bis, che prevede la competenza dell'AGCM ad emanare diffide e irrogare sanzioni alle imprese che abbiano commesso un abuso rilevante per la tutela del mercato<sup>37</sup>; in tal senso, l'abuso di dipendenza economica assume una valenza anche e soprattutto esterna all'assetto negoziale delle parti, ammettendosi implicitamente che lo stesso posso avere influenza anche nell'assetto complessivo del mercato, così da giustificare l'intervento dell'AGCM. Ma tale inquadramento ben si può attuare in relazione all'altra fattispecie rammentata, ossia l'art. 7 del d.lgs. 231/2002, il quale, in particolare, sanziona l'accordo sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo, se gravemente iniquo, "avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto": l'iniquità è sanzionata sì, ma solo se risulti tale in un'ottica complessiva, alla luce dei rapporti commerciali e non sulla base di una valutazione delle singole posizioni dei soggetti coinvolti<sup>38</sup>. E proprio in relazione a tale nullità, con un approccio del tutto condivisibile, si è sostenuto che trattasi di nullità assoluta, essendo finalizzata alla tutela del mercato e ad evitare effetti distorsivi dello stesso<sup>39</sup>.

## 7. I meccanismi di procedimentalizzazione nei contratti asimmetrici

Già alla luce delle riflessioni che precedono si può tentare di offrire una risposta alla questione se, come

<sup>36</sup> Si veda, anche con riferimento alla questione della forma nei contratti di locazione, ADDIS, "Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 6.

<sup>37</sup> Cfr. MAUGERI, *Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 1062.

<sup>38</sup> In senso contrario, AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1386.

<sup>39</sup> Così, E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data di pagamento*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2003, p. 189; PANDOLINI, *La nullità degli accordi "gravemente iniqui" nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, p. 501; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, *ibidem*, p. 629; la questione è peraltro alquanto dibattuta, anche alla luce del rilievo per il quale "l'attribuzione della legittimazione all'azione al contraente forte determinerebbe una incoerenza sistematica": così, LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 117; ma anche dalla considerazione che la disciplina in commento si inserisce nell'ambito delle "nuove" nullità, tra cui, ad esempio, quelle di protezione, con la conseguenza sistematica che "non può stupire che una nullità tuteli, nello stesso momento, un interesse particolare (quello del creditore) ed uno generale (quale quello del buon andamento del mercato)": così NANNA, *Eteroingrazione del contratto*, cit., p. 126, ove anche ulteriori riferimenti bibliografici.

anche per i rapporti tra privati o per i rapporti tra imprese e privati, nell'ambito del terzo contratto – ossia, con particolare riferimento ai rapporti tra imprenditori – le disposizioni normative sopra sommariamente richiamate abbiano la finalità, nel consentire un tendenziale riequilibrio delle prestazioni pattuite, di tutela del contraente debole ovvero sia possibile, come si crede, interpretare le disposizioni in commento sotto una diversa prospettiva: alcune considerazioni sembrano spingere l'interprete verso la seconda ipotesi. In primo luogo, come già osservato, l'eventuale asimmetria tra imprenditori potrebbe cogliersi solo a posteriori, trattandosi, in ogni caso, di uno squilibrio di natura economica e non derivante, a priori, dallo *status*<sup>40</sup>. Corollario di tale circostanza è quindi il quesito se una disparità economica giustifichi, ed in che modo, di intervenire su un assetto contrattuale già sottoscritto liberamente tra le parti.

Se, infatti, il profilo dell'informazione, per quanto in precedenza illustrato, ben potrebbe giustificare, attesa la rilevanza dell'informazione nei rapporti commerciali, un intervento in qualche modo correttivo, diversamente non si potrebbe giustificare un intervento per riequilibrare un diverso stato di forze sotto il profilo economico, ovviamente se questo è frutto della naturale evoluzione del mercato<sup>41</sup>. Emblematico, sotto tale aspetto, è la disciplina in tema di *franchising* – ossia la legge 6.05.2004, n. 129 – che all'art. 3 sancisce un obbligo di forma scritta per il contratto o all'art. 4 del medesimo provvedimento, che impone all'affiliante, almeno 30 giorni prima della sottoscrizione del contratto, di consegnare all'affiliato una copia completa di quest'ultimo<sup>42</sup>. Emblematica, si diceva, perché il legislatore non ha ritenuto di intervenire sul contenuto ma solo sotto l'aspetto procedimentale e precontrattuale, con una prospettiva, quindi, radicalmente diversa da quella più volte registrata, ed effettivamente riscontrabile, nell'ambito della tutela del consumatore<sup>43</sup>.

## 8. Neoformalismo e "Statuto dell'impresa"

La sensazione, quindi, è che nell'ambito dei rapporti tra imprese, il "neoformalismo" abbia una fina-

<sup>40</sup> GITTI, *La "tenuta" del tipo contrattuale*, cit., p. 491; VALENTINO, *Il contratto incompleto*, *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 509; RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore – persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 120; ADDIS, *Neoformalismo*, cit., p. 12.

<sup>41</sup> AA.VV., *Il mercato delle regole*, cit., p. 154.

<sup>42</sup> Nel senso di una valenza interna degli obblighi di procedimentalizzazione sopra descritti, cfr. DELLI PRISCOLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 1163.

<sup>43</sup> Cfr., tra i numerosi contributi in materia, ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 769; NAVARRETTA, *La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 415.

lità radicalmente diversa rispetto a quanto verificatosi in ambito consumeristico, nel quale la forma e gli obblighi di informazione, da un lato, ed il potere di integrazione del contratto, in chiave di riequilibrio, hanno lo scopo di garantire la tutela del contraente, sul presupposto che il consumatore assuma, in ogni caso, il ruolo – o, meglio, lo “*status*”, di contraente debole.

Nell’ambito dei rapporti tra imprese, infatti, a prescindere dalla difficoltà, di cui si faceva cenno in precedenza, di individuare a priori un soggetto funzionalmente in stato di soggezione rispetto all’altro contraente, l’informazione e la forma sembrano allinearsi verso due diverse, ma complementari, finalità<sup>44</sup>. Da un lato, introducono un meccanismo di proceduralizzazione assente nell’ambito dei rapporti *business to consumer*<sup>45</sup>; dall’altro, si riporta il contratto iniquamente sottoscritto all’interno della dinamica ordinaria del mercato, escludendo, quindi, la validità del patto o dell’accordo sottoscritto e contenente condizioni che, in base ai criteri, prevalentemente oggettivi sopra richiamati, si pone, in un certo senso, fuori dal mercato.

Le tendenze poc’anzi espresse hanno trovato, di recente, puntuale esplicazione, anche in un’ottica sistematica, ad opera della legge 11.11.2011, n. 180, ossia nel c.d. “Statuto dell’impresa”. Al di là della rilevanza, per alcuni aspetti dirimente ma ancora inesplorata di alcune disposizioni<sup>46</sup>, in tale provvedimento legislativo è opportuno evidenziare – art. 2, comma 1, lettera a) – l’affermazione del “diritto delle imprese a godere nell’accesso al credito di un quadro informativo completo e trasparente e di condizioni eque e non vessatorie”. Del pari si offre una definizione, richiamando, quindi, almeno concettualmente, la disciplina di tema di abuso di dipendenza economica, di “imprese dell’indotto”, ossia “le imprese che sono in rapporti contrattuali con altra impresa tali che le determinazioni o gli eventi gestionali riguardanti quest’ultima ne possa condizionare in maniera

determinante il ciclo economico o l’organizzazione”. Significativa, inoltre, è la definizione di “micro imprese”, “piccole imprese” e “medie imprese”, alla stregua di quanto previsto dalla Raccomandazione della Commissione Europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003<sup>47</sup>.

La propensione ad offrire un ulteriore strumento anche nell’interesse del mercato emerge dall’art. 10 della legge 180/2001 che, al comma 2, dispone sia aggiunto un periodo al comma 3-*bis* della legge 192/1998, creando così una particolare commistione tra sanzione di abuso di dipendenza economica e nullità del patto per gli interessi di mora ai sensi del d.lgs. 231/2002, stabilendo che “in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l’abuso si configura a prescindere dall’accertamento della dipendenza economica”.

## 9. Sintesi delle prospettive delineate

L’evoluzione della tematica in questione impone a chi scrive di svolgere alcune considerazioni, nel tentativo di individuare la tendenza normativa in punto di equilibrio del contratto tra imprese e la concrete applicazioni di tali risultanze, pur nella consapevolezza della provvisorietà delle valutazioni che si andranno, di seguito, ad illustrare.

La prima riflessione attiene alle tecniche di attuazione dell’accordo negoziale – il riferimento è alle fattispecie sopra descritte – che prevedono, appunto, una determinata forma. Da un esame delle suddette fattispecie, peraltro, la particolare forma scritta non sembra porsi come elemento di validità dell’accordo stesso assumendo, invece, la stessa, funzione di mera registrazione dell’intesa già raggiunta; ciò è emblematico nella disciplina del *franchising* sopra illustrata, ma tale riflesso si coglie anche in relazione alla disciplina prevista dall’art. 7 del d.lgs. 231/20011, nel quale, come visto, la forma scritta non consente, invece, di ritenere comunque valido l’accordo pattuito tra le parti in presenza di condizioni, comunque, inique, nei termini descritti dalla legge. Del resto, come anche di recente osservato, proprio nell’ambito dei rapporti commerciali l’elemento di libertà di forma costituisce principio cardine volto a velocizzare l’attuazione degli scambi<sup>48</sup>; da ciò deriva, secondo la prospettiva che si

<sup>44</sup> Nel senso, peraltro, di una valorizzazione della singola fattispecie al fine di valutare la possibilità di considerare una parte imprenditoriale in termini di debolezza strutturale, cfr. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 767.

<sup>45</sup> ADDIS, *Neoformalismo*, cit., p. 13; SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro nel nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 420; meno recentemente, cfr., MAZZO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, pp. 214 ss.

<sup>46</sup> Si fa riferimento, in particolare, all’art. 2 “Principi generali”, nel quale si afferma, al comma 1, lett. a) che costituiscono principi generale della legge in questione “la libera di iniziativa economica, di associazione, di modello societario, di stabilimento e di prestazione di servizi”; ed è evidente come la disposizione che prevede la “libertà di modello societario” si pone in apparente conflitto con l’art. 2249, secondo comma, c.c., che sancisce il divieto di utilizzo della società semplice per l’attività commerciale, limitandola a quella agricola.

<sup>47</sup> Ampiamente, in argomento, ALPA - ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, pp. 610 ss.

<sup>48</sup> Il riferimento è alla Convenzione di Vienna del 1980 sulla compravendita internazionale di cose mobili, che rappresenta ancora lo strumento di uniformazione oggi vigente di maggiore rilevanza, il quale stabilisce, appunto, all’art. 11, la libertà di forma: DE NOVA, *L’ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Vienna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 749; DEL PRATO, *Categorie “internazionali/privatistiche” ed istituti civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 93.

è sopra delineata, che la forma non può assurgere ad elemento convalidante dell'accordo<sup>49</sup>.

La seconda considerazione richiama quanto in precedenza sommariamente riferito in ordine alla introduzione, a carico delle imprese, di una sorta di meccanismo di procedimentalizzazione nella fase di realizzazione del contratto: meccanismo che si rinviene, ad esempio, sulla legge in tema di *franchising* ma anche, seppur in forma genericamente richiamata, nelle legge 180/2011 (Statuto dell'impresa) e che impone, al fine di considerare valido ed efficace il rapporto negoziale in essere, un necessario scambio di risorse informative.

Si possono, quindi, individuare, nell'ambito del "neoformalismo" in materia del c.d. terzo contratto, due distinte tendenze, desumibili dalle fattispecie normativamente previste; da un lato, una richiesta di definire, secondo una data forma, l'accordo stesso, pur con la precisazione che la forma prescritta non rappresenta una presunzione *iuris et de iure* di validità dell'accordo; dall'altro, si prevedono condizioni di inefficacia del patto, qualora lo stesso risulti particolarmente iniquo o, comunque, assunto con ingiustificato abuso della propria posizione di primazia, talvolta anche con meccanismi di conclusione del contratto alquanto peculiari rispetto alla disciplina codicistica<sup>50</sup>.

#### 10. Asimmetrie informative e debolezza contrattuale

A ben vedere, peraltro, le linee di tendenza sopra riassunte possono essere riconducibili nell'ambito degli obblighi, ormai largamente diffusi, di informativa al momento della conclusione del contratto. Se tale aspetto è evidente in tema di *franchising* e nell'ambito dello disciplina prevista in tema di Statuto dell'impresa, anche in merito agli altri due esempi – l'art. 7 del d.lgs. 231/2002 e l'art. 9 della l. 192/98 – è possibile evidenziarne la peculiarità proprio in relazione al profilo della – carente – informazione resa al momento della conclusione del contratto o dell'accordo poi risultato iniquo. L'aspetto centrale del tema che, nelle pagine precedenti si è – a grandi linee – illustrato attiene, infatti, a ben vedere, nell'individuare un legame efficace tra attività di impresa e sviluppo del mercato, ossia, per utilizzare un'altra espressione, nel comprendere come, all'interno del mercato, le parti contraenti possano correttamente, ed efficacemente, relazionarsi. E tale modalità non potrà avvenire quando, in particolare, le informazioni – qui, come

visto in precedenza, effettivamente da valutarsi alla stregua di risorse importanti – consentono alle parti di avere una prospettiva il più completa possibile relativamente all'accordo asseritamente asimmetrico. Nell'impostazione in parola, quindi, l'accordo è tendenzialmente asimmetrico qualora le informazioni relative al contenuto dell'accordo stesso non siano state correttamente acquisite dalle parti, che si sono quindi limitate a prendere atto delle informazioni nella propria disponibilità o come riferite dalla controparte. In tale contestato, la "debolezza" di una parte assume, più correttamente, le sembianze di una scarsa o nulla capacità di acquisire informazioni: informazioni che sono presenti sul mercato, posto che, proprio con riferimento, ad esempio, alla disciplina in tema di ritardo dei pagamenti, la riconduzione ad equità dell'accordo altro non è che, in particolare, la modifica dell'accordo ai tassi effettivamente vigenti sul mercato.

Da ciò discende che, secondo la chiave interpretativa in questione, che potrebbe effettivamente ricondursi, sotto certi aspetti, all'analisi economica del diritto, lo squilibrio delle parti non è da *status* – come, ad esempio, nella disciplina consumeristica – ma da *deficit* informativo: ovvero, conseguenza di un contratto concluso in assenza di una serie di informazioni che, se, per contro, fossero state presenti, avrebbero consentito alle parti – e in particolare, a quella comunemente inquadrata come "debole" – di definire il contratto a condizioni diverse da quelle alle quali è stato, effettivamente, concluso.

#### 11. I rimedi risarcitori

L'impostazione del rapporto asimmetrico tra imprese – il c.d. terzo contratto – secondo la prospettiva delineata nelle pagine che precedono consente di affrontare l'ulteriore questione, peraltro, nient'affatto secondaria, delle conseguenze successive all'intervento di riequilibrio del contratto da parte del giudice; posto che il giudice, infatti, una volta verificato ed appurato il significativo squilibrio, ha ritenuto di ricondurre, ad esempio, il contratto ad equità (art. 7 d.lgs. 231/2002) *quid iuris* in relazione tra le parti?

Orbene, sulla base di quanto illustrato, sembra non potersi escludere, a priori, la possibilità per la parte "debole" dell'assetto negoziale, successivamente all'intervento del giudice quale "certificatore" della rilevanza giuridica dello squilibrio, di agire nei confronti dell'altra parte in termini risarcitori. Sul punto, la peculiarità della fattispecie ricondotta, in sostanza, ad un *deficit* informativo particolarmente acuto – tanto, appunto, da ritenere opportuno un intervento del giudice per riequilibrare il contratto concluso – si colloca, come visto, in una prospettiva, principalmente, di tutela del mercato, o meglio, di efficienza del mercato; e non appare allora azzardato ipotizzare come tecnica risarcitoria lo strumento normativo previsto

<sup>49</sup> Più di recente, in senso critico verso l'impostazione esposta nel testo in relazione ai rapporti tra imprenditori, cfr. IRTI, *Studi sul formalismo giuridico*, Padova, 1997, p. 23. Per una disamina complessiva del tema, cfr. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, pp. 73 e ss.; di recente, PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi Senesi*, 2004, p. 119, le cui tesi sono poi state ampiamente sviluppate in ID., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009.

<sup>50</sup> NANNA, *Eterointegrazione del contratto*, cit., p.147 ss.



dall'art. 1338 c.c.<sup>51</sup>, peraltro invocato per risolvere l'annosa questione dei rimedi concessi all'utente finale in caso di violazione, a monte, della normativa *antitrust*<sup>52</sup>.

Del resto, proprio di recente, lo strumento della responsabilità precontrattuale è stato autorevolmente proposto in quanto idoneo a "costituire la regola di governo di quelle situazioni di accentuato contatto sociale tra due sfere giuridiche, come tali, e proprio perché tali, suscettibili di esporre le sfere in contatto a più frequenti, ed incisive, occasioni di danno"<sup>53</sup>; con ciò valorizzando lo strumento in questione come potenzialmente idoneo a rimuovere gli effetti pregiudizievoli del contratto, che la nullità non ha impedito o non è riuscita a rimuovere<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Fa riferimento, in particolare, allo strumento della responsabilità precontrattuale, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., pp. 5 ss.

<sup>52</sup> CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e dir. privato*, 2005, p. 444.

<sup>53</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1450.

<sup>54</sup> Per una prospettiva diversa, nel senso di fondare la responsabilità in parola non in relazione all'adempimento di un contratto poi rivelatosi nullo, ma nella violazione di obblighi "di protezione", antecedenti alla stipula del patto ed imposti a carico del contraente "forte" A. DI MAJO, *Il risarcimento dal adempimento del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 794.

Flora Pirozzi

Ricercatore in Diritto Privato presso l'Università Telematica Pegaso - Avvocato

## Il consumatore abilitato alle procedure di ristrutturazione del debito.

*Nota a Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 2016, n. 1869*

### abstract

*The note analyzes the sentence of the Court of Cassation, n. 1869 of 2016 in order to highlight the scope and the limits of the principles underlying it in the field of the crisis composition from over indebtedness. In particular, it focuses on the notion of consumer defined by ermines that differs for that provided by the Consumer Code and that of European origin. It emphasizes the dangers arising from a concept so broad consumer that, while it promotes the application of the procedures covered by the law n. 3 of 2012 (so-called saves suicides), on the other hand may well lend itself to easy circumvention of that legislation. Finally, it brings out possible conflicts of interest on the subject that takes on a debt in favor of third, but no origins in business or professional activity itself, or the danger that from such a diffused concept of consumer will benefit, without having title, persons who participate secretly to business activities.*

### keywords

*Law n. 3 of 2012 – Over indebtedness – Court of Cassation, 1 february 2016, n. 1869 – Consumers – Conflicts of interest – Occultentrepreneur.*

### abstract

*La nota analizza la sentenza della Cassazione n. 1869 del 2016 allo scopo di evidenziare la portata e i limiti dei principi ad essa sottesi in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento. In particolare si sofferma sulla nozione di consumatore delineata dagli ermellini che si discosta da quella fornita dal Codice del consumo e da quella di matrice comunitaria. Sottolinea i pericoli derivanti da una concezione così ampia di consumatore che, se da un lato favorisce l'applicazione delle procedure di cui alla legge 3 del 2012 (c.d. salva suicidi), dall'altro ben potrebbe prestarsi a facili elusioni della normativa medesima. Infine fa emergere i possibili conflitti di interessi in capo al soggetto che assume un debito a favore di terzi, ma senza riflessi in un'attività d'impresa o professionale propria, o il pericolo che dalla tutela in que-*

*stione ne usufruiscano, senza averne titolo, soggetti che partecipino occultamente ad attività di impresa.*

### parole chiave

*Legge n. 3 del 2012 – Sovraindebitamento - Cass. 1869 del 2016 – Consumatore – Conflitti di interesse – Imprenditore occulto.*

### Nozione di consumatore – Piano di sovraindebitamento – Natura del debito – Attività imprenditoriale

*Ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (c.d. ristrutturazione per sovraindebitamento), la nozione di consumatore abilitato al piano, come modalità di ristrutturazione del passivo e per le altre prerogative ivi previste, non ha riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d'impresa o professionali, invero compatibili se pregresse ovvero attuali, purché non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto anche svolgere l'attività di professionista o imprenditore, esigendo l'art. 6, co. 2, lett. b) soltanto una specifica qualità della sua insolvenza finale, non potendo, cioè, comparire in essa obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero, comunque, esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore soltanto il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni – non soddisfatte al momento della proposta di piano – per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque, anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7 co. 1 terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui all'art. 12-bis co. 3 l. n. 3 del 2012.*

*Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 2016, n. 1869*

*Pres. Ceccherini, Est. Ferro*

*(Omissis)***Svolgimento del processo**

V.G. impugna il decreto Trib. Monza 2.4.2014 (R.G. n. 6/2013) che, nel rigettare il proprio reclamo avverso il decreto (di non sospensione) emesso il 13.11.2013 dal giudice (monocratico) del sovraindebitamento del medesimo tribunale, confermava la estraneità del ricorrente alla nozione di consumatore di cui all'art. 6 co. 2 l. n. 3/2012 in ragione della natura delle obbligazioni contratte (e successivamente all'esaurimento negativo di altro tentativo di composizione della crisi da sovraindebitamento).

Ritenne invero il collegio monzese: a) di dover dare interpretazione restrittiva e letterale alla locuzione "esclusivamente" di cui alla citata norma definitoria (per la quale è consumatore il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta), conseguendone che la persona fisica che abbia contratto obbligazioni composite potrebbe solo accedere alla procedura di accordo di composizione della crisi o a quella di liquidazione rispettivamente di cui agli artt. 10 ovvero 14-ter l. n. 3 del 2012; b) di escludere che il piano del consumatore, per il richiamo dell'art. 12-bis all'art. 7 co. 1 terzo periodo l.cit., potesse riferirsi ad oneri tributari in genere, piuttosto afferendo a quelli non derivanti da attività professionale (invece svolta dal ricorrente in regime di partita IVA); e) che l'obbligatorietà del piano per tutti i creditori, a prescindere dalla loro approvazione, impone al tribunale un controllo severo sull'assenza di colpa nella causazione del sovraindebitamento e sulla fattibilità del piano. La conseguente reiezione della domanda doveva perciò essere confermata poiché V. non era nelle condizioni soggettive di accesso al piano del consumatore (avendo poste debitorie per IVA e tributi da attività professionale), il suo piano era svantaggioso per i creditori (rispetto alla liquidazione del patrimonio, di cui non intendeva privarsi quanto all'unico bene di valore), la relativa durata era eccessiva (15 anni).

Il ricorso è affidato a due motivi ed è stato notificato all'Organismo di composizione della crisi, nella persona del professionista designato giudizialmente.

**I fatti rilevanti della causa e le ragioni della decisione**

Con il primo motivo il ricorrente, invocando rimpianto generale della l. n. 3 del 2012 e la sua complessiva violazione, assumeva la qualità di consumatore a pieno titolo, così contestando le qualificazioni negative rispetto alle condizioni soggettive e ai debiti tributati fatte proprie dal tribunale.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione della medesima legge n. 3 del 2012, all'art. 7, quanto alla dilazione dell'IVA, trascurata nel decreto impugnato, potendo invece il proponente, con il pia-

no del consumatore, affrontare compositivamente anche tali debiti.

1. Il ricorso, considerati unitariamente i motivi, è inammissibile, posto che con esso – al di là della genericità delle contestazioni, ove si contrasta la contrarietà all'intera legge n. 3 del 2012 del provvedimento impugnato e a prescindere dal riscontro di una evocazione al giudizio impropria quanto ai legittimati passivi, riduttivamente circoscritti nella vicenda al solo Organismo di composizione della crisi – viene sottoposta a censura una pronuncia connotata dall'assenza di carattere decisorio e contestualmente definitivo del provvedimento di rigetto dell'ammissibilità del piano, che non pregiudica in tesi la stessa possibilità di presentare un altro e diverso piano (del consumatore), pur se con gli eventuali limiti temporali – posti dal legislatore a fronteggiare un uso ripetuto ed indiscriminato dell'istituto – di cui all'art. 7 co. 2 lett. b), peraltro dettato a carico del debitore che 'vi abbia fatto ricorso', dunque fruendo degli effetti pieni dell'istituto stesso nel quinquennio anteriore. Il provvedimento denegativo, a questa stregua, non esprime allora tratti rilevantemente diversi, riguardato sotto il profilo della ricorribilità per cassazione, dai corrispondenti provvedimenti negativi (o di rigetto allo stato degli atti) assunti nella procedura prefallimentare (Cass. 6683/2015), in quanto anch'esso esplicita una specifica inidoneità a tradursi, per via giudiziale, nella validazione del singolo progetto ristrutturativo del passivo quale proposto in un dato ricorso e dunque riflette una situazione economico-finanziaria potenzialmente mutevole, né è assimilabile, come sbrigativamente ipotizzato dalla parte, al diniego dell'esdebitazione fallimentare di cui all'art. 143 l.f., soggetta ad altri presupposti, delimitazioni e finalità.

2. Ritiene poi il Collegio che la questione decisa, nonostante l'esito di inammissibilità del ricorso, giustifichi, per la sua particolare importanza e sia pur con riguardo al solo punto del requisito tipologico necessario in capo al proponente, l'enunciazione ai sensi dell'art. 363 co. 3 cod. proc. civ. del principio di diritto circa la nozione di consumatore, quale rilevante al fine dell'accesso ai benefici di cui alla legge n. 3 del 2012. Proprio con tale disciplina, il nostro ordinamento ha infatti riunificato la composizione delle situazioni d'insolvenza attorno ad un criterio d'ispirazione concorsuale e, per quanto in contesti organizzativi frammentati soggettivamente e dunque in una pluralità di procedure, mediante una diversa connotazione relazionale con la giurisdizione *lato sensu* esecutiva. Nella versione più basilare di tale allestimento procedurale dei debiti, la nozione di consumatore – tra le altre, invece e per lo più definite in negativo, per la sottrazione alla concorsualità comune – quale posta nel nuovo art. 6, co. 2, lett. b), risulta pacificamente più specifica di quella di cui all'art. 3, co. 1, lett. d) del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), dato che essa esige che i debiti della 'persona fisica' derivino

‘esclusivamente’ (e non più prevalentemente, come nel d.l. n. 212/2011, art. 1 co. 2 lett. b, per il quale rilevava il sovraindebitamento dovuto prevalentemente all’inadempimento di obbligazione contratte dal consumatore, come definito dal codice del consumo) da atti compiuti ‘per scopi estranei all’attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta’. Si tratta di una definizione che fa leva su elementi dinamici e in apparenza di tipo soggettivo complesso, poiché essa – pur dovendosi adattare al riferimento positivo alla persona fisica, e dunque escludendo persone giuridiche ed enti, comunque strutturati – non censisce in realtà solo l’organizzazione del debitore (secondo il quesito di chi sia o sia stato consumatore), o comunque non lo fa in modo assoluto, ma si da carico di inquadrarla in termini innanzitutto utili alla procedura in esame (e ai suoi scopi), in ragione di una peculiare scelta pratica di meritevolezza della composizione finale, nello schema del concorso, della massa passiva. Le obbligazioni assunte esclusivamente per scopi estranei all’attività d’impresa o professionale, a propria volta, costituiscono un limite relativo: pur prestandosi l’impianto ad una lettura non univoca, ai fini della legge n. 3 del 2012 consumatore potrebbe infatti in astratto anche essere un imprenditore (che rientri, per ragioni di coerenza rispetto al collegamento tipologico in negativo rispetto ai requisiti del r.d. n. 267 del 1942 e di quelli speciali dedicati all’imprenditore commerciale, all’interno delle soglie dimensionali del sistema concorsuale minore in oggetto e per le regole temporali di accesso ivi previste) ovvero un professionista (non importa se ordinistico o meno), come si ricava dalla previsione di eventualità dell’esercizio di simile attività tratteggiata nel cit. art. 6. Va però stabilito se siffatta circostanza appartenga unicamente ad un profilo di più intensa, ma pregressa, soggettività economica oppure possa essere sospinta sino a ricomprendere altresì il professionista o l’imprenditore, sia pur senza più debiti originati da quell’attività e con debiti invece solo ‘comuni’ da ristrutturare, secondo la legge speciale, dunque questa volta nella veste esclusiva di consumatore indebitato.

3. La constatazione circa l’attualità della figura del potenziale ricorrente (in base alla seconda tesi, anche consumatore-imprenditore o consumatore-professionista) già potrebbe discendere dal passaggio di testo del cit. art. 6 co. 2 lett. b), ove si fa riferimento al debitore persona fisica e sono menzionati espressamente i debiti nascenti da attività d’impresa o da professione, apparendo sufficiente che essi non sussistano più. A propria volta l’art. 7 co. 1 terzo periodo, per il quale ‘in ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell’Unione Europea, all’imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento’, è clausola specificamente richiamata dall’art. 12-*bis* co. 3, ove si prevede, tra le altre condizioni, l’omologa del piano del consumatore se il

giudice vi ravvisa ‘l’idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all’articolo 7, comma 1, terzo periodo’. Tali ultimi crediti, almeno in parte, esprimono una diretta riferibilità socio-economica proprio alle attività d’impresa o professionali, venendo ad interrogare allora l’interprete o per una sollecitazione a ravvisare l’intero richiamo alla stregua di un refuso (poiché in evidente contraddizione con la portata tipologica di esclusione di debiti da impresa o professione con cui la stessa definizione di consumatore è introdotta nel predetto art. 6 cit.) o per una diversa premessa di senso che possa refluire, pur se alla stregua di circostanza speciale, in un giudizio compatibile con l’accesso al piano del consumatore anche da parte di soggetti che si trascinino siffatti debiti, contratti in una qualità – poi dismessa o almeno non produttiva di debiti così caratteristici – di imprenditori o professionisti. Una prima possibile risposta, ad avviso del Collegio, risiede nella osservazione per cui proprio l’art. 6 co. 2 lett. b) implica che anche i debiti d’impresa o relativi allo svolgimento delle professioni bene potrebbero essere stati assunti, ai fini qui considerati, ciò che rileva non essendo tanto la loro contrazione (od oggettiva insorgenza) quale fatto storico in sé, occorrendo piuttosto che essi non siano sopravvissuti al momento della ristrutturazione della predetta qualità personale in funzione ristrutturativa del passivo ai sensi della legge n. 3 del 2012, cioè con la proposta di piano. Ulteriori e più solidi indici normativi, tuttavia, rinviano (pur non risolvendo ogni ricaduta procedurale e di coordinamento fra i diversi modelli compositivi dell’insolvenza) ad un giudizio di compossibilità letterale della figura del consumatore con quella dell’imprenditore o professionista: a) tra i presupposti di ammissibilità, l’art. 7 co. 2 vieta l’accesso alle procedure (accordo, co. 1 o piano del consumatore, co. 1-*bis*) ‘quando il debitore, anche consumatore: a) e soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo’, implicitamente supponendo uno scrutinio possibile solo fra imprenditori commerciali sotto o sopra la soglia di cui all’art. 1 l.f.; b) l’art. 8 co. 3-*bis* ha riguardo (in una disposizione intitolata al contenuto dell’accordo o del piano del consumatore) ad una proposta di accordo o di piano che può essere ‘presentata da parte di chi svolge attività d’impresa’; c) l’art. 9, ancora sotto il medesimo p.1 dettato in tema di Disposizioni generali e nella Sezione prima delle Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, in tema di ‘deposito della proposta’ si riferisce, al comma 3, al ‘debitore che svolge attività d’impresa’, imponendogli l’onere di depositare le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, con copia conforme all’originale; d) l’art. 14-*quinquies*, co. 2 lett. c) stabilisce l’annotazione nel registro delle imprese della apertura della liquidazione, vicenda che può derivare anche da una conversione evolutiva o per eventi anomali del piano del consumatore, ex art.

14 quater; e) tra le sanzioni, ai sensi dell'art. 16 co. 1 lett. b), è prevista la punizione del debitore che, al fine di ottenere l'accesso alle procedure di cui alle sezioni prima e seconda (dunque anche del piano del consumatore), sottrae, occulta o distrugge, anche in parte, la 'propria documentazione contabile'.

4. Ritiene questa Corte che la prescritta destinazione dei debiti a scopi estranei rispetto all'attività d'impresa o di professione, precisata in negativo (e solo 'eventualmente svolta', cioè con riguardo al passato), permetta allora di rinvenirne la compatibilità innanzitutto con il consumatore sovraindebitato che non sia o non sia mai stato né imprenditore né professionista, con chi lo sia stato e però non lo sia tuttora ovvero con chi lo sia tuttora – nell'accezione dimensionale interna ai requisiti di accesso più generali di cui alla l. n. 3 del 2012 – ma non annoveri più tra i debiti attuali quelli un tempo contratti in funzione di sostentamento ad una di quelle attività. La dizione in esame, invero, enfatizza la finalizzazione delle obbligazioni e tuttavia, nonostante la sintesi della formula, consente di istituire un ulteriore collegamento implicito ancora negativo tra il debito e lo svolgimento in proprio delle predette attività, lasciando unicamente aperta la ricognizione della figura del consumatore, dunque la sua compatibilità rispetto al soggetto, anche professionista o imprenditore, indebitato ma per attività altrui, per le quali ovviamente, secondo un apprezzamento di merito, sia escluso un qualsivoglia rimando al perseguimento di operazioni che rivelino, oltre lo schema di sostegno solidaristico a terzi, un impiego del rischio così assunto in una dimensione partecipativa, per il comune interesse d'impresa o anche all'attività professionale.

5. Quanto poi al valore del richiamo all'art. 7 co. 1 terzo periodo, la sua previsione tra i presupposti di ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti mediante un piano che, ai sensi della norma, contempra al più una dilazione del pagamento, esprime un dato di criticità se assunta in blocco anche ove il progetto ristrutturativo non sia del debitore comune sovraindebitato bensì del consumatore, secondo l'accezione più restrittiva ed invece rinviene una sua maggiore coerenza, laddove si postuli la figura in esame compatibile con quella di chi svolge o abbia svolto attività d'impresa o di professione: posto che la formula adottata dall'art. 12-*bis* co. 3 prescrive che il giudice, in funzione omologatoria, comunque proceda 'verificata la fattibilità del piano e l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonché dei crediti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo', il riferimento al predetto art. 7 potrebbe peraltro essere inteso – in un'ottica selettiva della specialità del trattamento dei debiti consumeristici – non al pagamento dei crediti pubblicistici descritti e però anche secondo le modalità ivi imposte (la dilazione), bensì come mero obbligo di pagamento proprio di

quei crediti, senza altre peculiarità solutorie, pertanto conferendo valenza assoluta all'adempimento integrale, anche per i richiami ripetuti agli artt. 12-*ter* co. 4 (risoluzione) e 13 co. 3 (esecuzione). Se infatti si ammette che il consumatore, inteso come il soggetto indebitato che si proponga di ristrutturare debiti di consumo, può accedere al piano nonostante i debiti attuali quali l'IVA, le ritenute, i tributi risorse UE, la circostanza presupposta della possibile attuale e perdurante titolarità in capo al soggetto proponente altresì della veste di imprenditore o professionista, genera il dubbio della scarsa tenuta del quadro personalistico emergente dalla riforma dell'art. 18, co. 1, lett. n), di 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221), secondo una questione di coerenza della portata precettiva della definizione di consumatore introdotta all'art. 6 co. 2 lett. b). Essa risulterebbe però conciliabile se si giustappone da un lato la preclusione ad ammettere nella figura soggetti con obbligazioni contratte per scopi non estranei all'attività d'impresa o di professione, che siano però tuttora svolte e dall'altro l'apertura eccezionale a 'debiti economici' di natura pubblicistica – come quelli appena citati – da dedurre obbligatoriamente nel piano con trattamento adempitivo non temperato da alcuna dilazione. Si darebbe così l'ipotesi di un soggetto in generale senza debiti d'impresa o da professione, attualmente esercente tali attività economiche in senso lato e con debiti pubblicistici massimamente qualificati ma non dilazionabili nel progetto unilaterale nel quale consiste il piano del consumatore, ove si da un concorso virtuale tra creditori di impresa o professione (che non dovrebbero vantare pretese esigibili o comunque dedotte nel piano, ad esso perciò estranei), creditori da obbligazioni esterne all'impresa o alla professione, oggetto di risanamento e dunque destinatari del sacrificio, accanto infine ai creditori pubblici predetti, soggetti a dilazione negli altri modelli di composizione della crisi ma qui con diritto al pagamento nominale per intero. Lo scenario, va riconosciuto, poggia sulla persistenza dell'opzione, non solo ideologica, per cui la figura del consumatore, che nella legge in esame (a differenza per lo più che nelle situazioni di cui al Codice del consumo) in realtà non si ataglia al singolo rapporto di conflitto (per l'art. 3 co. 1 lett. a) Codice del consumo è consumatore o utente... la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta) bensì alla generalità delle relazioni di debito, debba coesistere anche in capo a chi sia imprenditore o professionista attuale, in una logica di generale favor verso la più adatta composizione della crisi da sovraindebitamento. Un effetto particolare è allora costituito dall'ipotesi di un piano del consumatore allestito da simile soggetto economico che però, lasciando sullo sfondo i rapporti d'impresa o pendenti con i terzi e quale professionista (che per definizione

non dovrebbero essere sfociati, salva l'eccezione menzionata, in obbligazioni da adempiere), impieghi i suoi beni e i suoi redditi per ristrutturare il resto dei suoi debiti: l'obiezione per cui si determinerebbe così un mutamento sostanziale delle garanzie generiche offerte dal proprio patrimonio, in concreto utilizzato per la ridefinizione di una massa passiva che, assente da ogni ricognizione segregata o autonoma pregressa (perché in capo alla persona fisica nessuna distinzione in tal senso sarebbe configurabile, ogni bene apparendo destinato naturalmente a soddisfare debiti d'impresa o di professione alla pari dei debiti di consumo), verrebbe separata nella opportunità liquidatoria o comunque nella vocazione satisfattiva a vantaggio solo dei debiti c.d. comuni, può essere superata rinviando alle opportunità contestative, sul profilo della convenienza, rimesse a qualunque interessato (dunque anche ai creditori d'impresa o da professione, non coinvolti nel piano) e, prima ancora, ai controlli giudiziali sulle cause del sovraindebitamento e la serietà dei propositi compositivi ex art. 12-*bis* rispettivamente co. 4 e 3.

6. La tesi alternativa e più restrittiva, qui non condivisa e che muove dall'opposta opzione volta ad affermare – pur sulla base di un'indubbia farraginosità della legge n.3 del 2012, ad iniziare dalla sua vicenda d'origine ma eccessivamente costruita sull'esplicitività del refuso o ridondanza di richiamo come chiavi di lettura – una riduttiva portata accidentale del richiamo all'art. 7 co. 1 terzo periodo (da parte dell'art. 12 bis co. 3) e un intento precettivo assoluto dell'arto co. 2 lett. b) (sulla coesistenza di debiti non comuni in capo al consumatore), circoscrive la figura del consumatore a chi intenda ristrutturare debiti persistenti che non sono sorti da attività d'impresa o professione, nemmeno in parte, ne ammette la compatibilità con chi abbia svolto in passato tali attività, ma vieta il medesimo esercizio odierno, senza tuttavia una base normativa che dia conto dei plurimi richiami all'imprenditore o al professionista come sopra riportati dal testo della legge n. 3.

7. Osserva il Collegio che la legge in effetti non fa parola di una matrice omogenea assoluta dell'insolvenza, almeno nel senso che la locuzione che qui interessa non si richiama alla sua produzione, cioè alle relative cause economiche, altri essendo i requisiti scrutinabili a questo fine, come soprattutto all'art. 12-*bis* co. 3, se il giudice 'esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali'. Il richiamo è piuttosto alla qualità dei debiti da ristrutturare che la connotano, in sé considerati e nella loro composizione finale. Ma proprio per questo il piano del consumatore si offre come modello ulteriore di composizione della crisi della persona fisica, escludendosi che vi possano essere dedotti debiti d'im-

presa o contratti per la professione, salva l'eccezione pubblicistica predetta. In questa ottica l'accesso a tale procedura individua una delle facoltà riservate al sovraindebitato, ove l'accordo con i creditori è sostituito da un atto unilaterale del debitore alla stregua di proposta di ristrutturazione dei debiti e di soddisfacimento dei crediti rivolta al tribunale, al quale compete poi approvarla attraverso l'omologazione. Ciò permette di precisare, per il valore programmatico che anche in questa sede può assumere la specificazione, che non vi sono margini per non escludere dall'accesso a tale procedura (ed in generale allo statuto concorsuale che vi si richiami tipologicamente) tutti quei soggetti che abbiano assunto obbligazioni composite e che vogliono in tal modo, cioè come consumatori, ristrutturarle. Salvo il ricorso (anche) per essi alla diversa procedura di composizione della crisi ex art. 10 ovvero di liquidazione ex art. 14-*ter* l. n. 3 del 2012, l'abbandono espresso del criterio della prevalenza delle obbligazioni estranee rivela, nella ricognizione del consumatore ai fini qui intesi, un intento restrittivo che giustifica e contrappesa la selezione di meritevolezza della evidente semplificazione dell'omologazione procedimentale: potendo prescindere dall'approvazione dei creditori per la via del voto o comunque della conta dei consensi, essa impone nel suo presupposto personalistico una tracciabilità altresì delle cause dell'insolvenza non risalenti ad attività economica organizzata (d'impresa o non, e pur tuttora praticabile) che ne permetta, al pari dello scenario scevro da determinazione colposa di siffatto sovraindebitamento (art. 12-*bis* co. 3), un sicuro ancoramento tipologico alla figura del debitore compromesso in atti di rischio non speculativo o comunque proprio dell'intermediazione organizzativa, secondo un profilo appunto conformato ad una dimensione di non eccedenza del diverso e minore rischio contratto essenzialmente nel modello operativo del consumo. La natura dei debiti residui, collegandosi alla fonte degli stessi, diviene pertanto nella legge n. 3 del 2012 al contempo la giustificazione dell'accesso al beneficio e il suo perimetro operativo, conseguendone che anche i creditori del consumatore sono nella condizione di non poter esprimere, salvi i controlli sopra visti, aspettative di regolazione concorsuale con un più tipizzato (e garantistico) coinvolgimento procedurale, qui non obbligatorio, com'è invece previsto negli altri rimedi a disposizione del sovraindebitato.

Ritiene conclusivamente il Collegio, esprimendo il principio di diritto ai sensi dell'art. 363 co. 3 cod. proc. civ., che, ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3, la nozione di consumatore per essa abilitato al piano, come modalità di ristrutturazione del passivo e per le altre prerogative ivi previste, non abbia riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d'impresa o professionali, invero compatibili se pregresse ovvero attuali, purché non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto an-

che svolgere l'attività di professionista o imprenditore, invero solo esigendo l'art. 6, co. 2, lett. b) una specifica qualità della sua insolvenza finale, in essa cioè non potendo comparire obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero comunque esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni – non soddisfatte al momento della proposta di piano – per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7 co. 1 terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui all'art. 12-bis co. 3 l. n. 3 del 2012.

\*\*\*Nota a sentenza

## sommario

1. Contesto sociale e presupposto normativo dell'istituto. – 2. La sentenza della Cassazione n. 1869 del 1.2.2016. – 3. Nozione di consumatore e suoi limiti.

### 1. Contesto sociale e presupposto normativo dell'istituto

In seguito alla grave crisi economica degli ultimi anni, in Italia si è registrato un aumento del numero di suicidi di persone che, con la perdita del posto di lavoro e di un reddito fisso, non erano più in grado di far fronte ai propri debiti.

Lo scopo della legge n. 3 del 2012, non a caso definita "salva suicidi", è stato proprio quello di disciplinare le situazioni di difficoltà economica di particolari categorie di debitori, prevedendo una sorta di "fallimento delle famiglie" alla stregua di una qualsiasi impresa ed affidando al Giudice la decisione di ristrutturazione del loro debito.

Da sempre, infatti, il legislatore ha optato per la scelta di non assoggettare i cittadini indebitati alle stesse procedure fallimentari, nonostante le richieste da parte della dottrina di un intervento normativo in tal senso. In passato la stessa Corte Costituzionale ha affermato che l'insolvenza civile produceva effetti pregiudizievoli soltanto per singoli rapporti obbligatori, mentre quella commerciale si ripercuoteva sul sistema più in generale<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Corte cost., 23 marzo 1970, n. 43, in *Foro it.*, 1970, I, 1017 «... nell'assoggettare alle procedure del fallimento gli imprenditori commerciali e non la generalità dei cittadini, la legge ha avuto riguardo alla natura dell'attività da essi esercitata, giacché lo svolgere attività organizzata in impresa costituisce una situazione obiettivamente diversa da quella di chi svolge una attività di di-

Oggi, una tale scelta non sembra più essere convincente, ed è, pertanto, giustificata l'innovazione legislativa anzi detta, molto importante e forse ancora poco nota alla maggioranza dei cittadini, oggetto, recentemente, di un intervento chiarificatore della Corte di Cassazione in merito ai soggetti che possono usufruire dei meccanismi in essa disciplinati.

La nozione di sovraindebitamento che riguarda famiglie, lavoratori autonomi e gli imprenditori non assoggettabili alle procedure fallimentari e, da ultimo, con legge 17 dicembre 2012, n. 221, anche i consumatori, è diversa dalla nozione di insolvenza poiché rappresenta una situazione di non temporanea difficoltà, per quei soggetti non fallibili, di adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte facendo ricorso ai redditi comunque conseguibili<sup>2</sup>.

In particolare, l'art. 6 della legge salva-suicidi specifica che: «Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali, è consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi disciplinata dal presente capo»; mentre al secondo comma definisce il sovraindebitamento quale «...situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonchè la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.».

La definizione di sovraindebitamento si caratterizza dunque per la sua elasticità, difatti vengono in rilievo soltanto le difficoltà finanziarie che siano la conseguenza di uno squilibrio patrimoniale non transitorio<sup>3</sup>. Inoltre, nella valutazione dei presupposti oggettivi necessari ad esperire la procedura in esame rileva sia un giudizio di tipo statico ("lo squilibrio"), sia un giudizio dinamico ("pronta liquidità del patrimonio")<sup>4</sup>.

Gli artt. 7 e ss. del dettato normativo disciplinano il contenuto e le modalità di espletamento del procedimento per la composizione della crisi da sovraindebitamento.

Il debitore ha a disposizione due differenti procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento: l'accordo di ristrutturazione del debito da un lato e il piano del consumatore dall'altro.

Il primo può essere utilizzato sia dai privati cittadini che da professionisti, associazioni, imprenditori agricoli, piccoli commercianti e start up innovative che non siano assoggettati, né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali e che non abbiano già fatto ri-

verso tipo, e non è irrazionale l'aver limitato alla prima la disciplina concorsuale, né sono arbitrari i motivi di tale limitazione».

<sup>2</sup> Cfr. PAPAGNI V., *La ristrutturazione del sovraindebitamento dell'imprenditore vale solo sulle obbligazioni personali?* in *Dir. e giust.*, fasc.7, 2016, p. 20.

<sup>3</sup> Cfr. PAPAGNI V., *La ristrutturazione del sovraindebitamento dell'imprenditore vale solo sulle obbligazioni personali?*, cit. p. 20.

<sup>4</sup> Cfr. FALCONE G., *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2015, p. 135/1.

corso al procedimento in esame. L'accordo di ristrutturazione del debito necessita, inoltre, dell'assenso dei creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. E, quindi, si riconosce preponderanza alla regola della maggioranza, che implica l'ingerenza del creditore più forte in altri rapporti debito-credito cui è estraneo, mediante l'esercizio del voto<sup>5</sup>.

Il piano del consumatore, invece, può essere utilizzato da quelle persone fisiche che non riescono a saldare i propri debiti o che rientrano nella situazione di cui al 2° comma, art. 6.

Condizione per accedere al piano è che il debito non provenga da un'attività professionale o imprenditoriale. Il debitore deve inoltre essere «meritevole»<sup>6</sup>, ovvero non deve aver utilizzato un credito sproporzionato rispetto al suo patrimonio. Il requisito di meritevolezza invece non è richiesto in caso di accordo di ristrutturazione.

Il consumatore, tramite legale, dovrà presentare al Tribunale il proprio piano. I Giudici<sup>7</sup> provvederanno, quindi, a nominare un organismo di composizione della crisi che avrà l'incarico di verificare che il debitore abbia presentato in modo veritiero la propria situazione patrimoniale e di dare un parere sull'applicabilità del piano di rientro proposto<sup>8</sup>.

Secondo alcuni autori, dalla lettura della normativa si evince che il legislatore non intende trattare il sovraindebitamento in quanto tale, ma il sovraindebitamento c.d. "responsabile"<sup>9</sup>.

## 2. La sentenza della Cassazione n. 1869 del 01.02.2016

Molto si è discusso sulla nozione di consumatore e circa i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti al debitore: in generale i Tribunali di merito hanno ritenuto

<sup>5</sup> Cfr. PERRINO A. M., *Sovraindebitamento e 'discharge': suggestioni, illusioni e pentimenti* (Nota a Trib. Catania, decr. 17 giugno 2014, Trib. Ascoli Piceno, decr. 4 aprile 2014, Trib. Pistoia, decr. 28 febbraio e 8 gennaio 2014), in *Il Foro it.*, p. 334.

<sup>6</sup> Cfr. FALCONE G., *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, cit.: «...nella prospettiva della prevenzione del sovraindebitamento sembrano rilevare non soltanto profili di "meritevolezza" in capo al debitore, ma anche elementi che attengono alla condotta (questa volta non del debitore ma) del finanziatore». Tra l'altro «*Dei profili di colpevolezza del comportamento del finanziatore non si fa cenno, invero, all'interno della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento*», p. 141/1.

<sup>7</sup> Cfr. PERRINO A. M., *Sovraindebitamento e 'discharge': suggestioni, illusioni e pentimenti*, cit., che a proposito del piano del consumatore parla di "Un ruolo quasi invasivo del giudice... e di una funzione giudiziaria chiamata non solo ad usurpare le prerogative dell'autonomia negoziale, ma anche piegata a valutazioni morali del tutto innaturali", p. 335.

<sup>8</sup> Cfr. PERRINO A. M., *Sovraindebitamento e 'discharge': suggestioni, illusioni e pentimenti*, cit., secondo cui "Non pare adeguato a riequilibrare il sistema il ruolo riconosciuto all'organismo di composizione della crisi...che manifesta una natura ibrida e ancipite", p. 336.

<sup>9</sup> Cfr. FALCONE G., "Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore", cit. p. 142/1.

applicabile la norma a soggetti che hanno contratto debiti per assistere familiari malati<sup>10</sup> o per ristrutturare casa<sup>11</sup>. Resta fermo il requisito della meritevolezza e, quindi, la ragionevole previsione di poterli assolvere al momento della loro insorgenza.

Ciononostante, la recente sentenza della Corte di Cassazione, la n. 1869 del 1 febbraio 2016, è intervenuta al fine di mettere un po' di ordine e di chiarire definitivamente quali soggetti rientrassero nella nozione di consumatore descritta dalle legge n. 3 del 2012.

La sentenza, lungi dal dichiarare la sola inammissibilità del ricorso presentato dal presunto consumatore, ha ritenuto opportuno enunciare un principio di diritto ai sensi dell'art. 363, 3° comma c.p.c. Ha affermato, infatti, che il piano di sovraindebitamento è esperibile a norma dell'art. 12-bis della l. 3/2012 anche da imprenditori e professionisti che abbiano contratto obbligazioni per far fronte a esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, e anche a favore di terzi, ma senza riflessi in un'attività d'impresa o professionale propria. A detta limitazione fanno eccezione i debiti di cui all'articolo 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate), i quali debbono essere pagati in quanto tali.

È inoltre stabilito che il provvedimento con il quale viene dichiarata inammissibile la proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore non è ricorribile in Cassazione in quanto, essendo privo del carattere decisorio e definitivo, non pregiudica la possibilità di presentare un altro diverso piano, seppur entro i limiti temporali di cui all'art. 7 co. 2 lett. "b". Con la sentenza de qua si apre la possibilità di utilizzare il piano del consumatore anche per i c.d. fideiussori e/o garanti in cui si assume la qualità di consumatore a pieno titolo.

Tale interpretazione si discosta da quella sino ad ora stabilita con costante indirizzo della stessa Cassazione che aveva escluso l'applicabilità della tutela del consumatore quando il contratto di fideiussione fosse concluso da una persona fisica che non agisca nell'ambito di un'attività professionale, ma a garanzia di un debito contratto da un soggetto che agisca nell'ambito della sua attività professionale<sup>12</sup>.

## 3. Nozione di consumatore e suoi limiti

A fronte di una nozione di consumatore più ristretta e specifica rispetto a quella contenuta nel Codice del consumo e a quella del d.l. n. 212 del 2011 (che invero già disciplinava un procedimento di insolvenza per la persona fisica non titolare di impresa) e che in

<sup>10</sup> Trib. Verona, decreto del 8 maggio 2015.

<sup>11</sup> Trib. di Catania, decreto del 17 giugno 2014.

<sup>12</sup> Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2011, n. 25212.



base al citato art. 6 sembra far riferimento alle qualità personali del soggetto, i Giudici di legittimità ne hanno contrapposto, preferendola, un'altra che invece fa riferimento alla natura del debito e alla meritevolezza dello stesso di un piano di ristrutturazione.

Secondo l'opinione tradizionale, il lavoratore autonomo o l'imprenditore non fallibile, la cui posizione debitoria comprende sia obbligazioni familiari che professionali/imprenditoriali, può ricorrere al solo accordo di ristrutturazione e non anche al piano del consumatore. I giudici di legittimità, invece, non hanno condiviso l'opinione che circoscrive la figura del consumatore soltanto a colui che intende ristrutturare debiti preesistenti che non siano sorti da attività d'impresa o professionale, nemmeno in parte.

«Ai fini della legge 3 del 2012, consumatore potrebbe in astratto essere anche un imprenditore o un professionista... resta da stabilire se tale qualità appartenga ad una pregressa soggettività economica oppure se il piano riguarda debiti "comuni", assunti nella veste di consumatore». La Cassazione si rifà, prevalentemente, alla qualità dei debiti assunti in sé considerati nella loro composizione finale, piuttosto che all'attività svolta dal soggetto proponente. Sostiene, infatti, che «non vi sono margini per escludere dall'accesso a tale procedura (...) tutti quei soggetti che abbiano assunto obbligazioni composite e che vogliano in tal modo, cioè come consumatori, ristrutturarle».

In tale contesto, il consumatore sovraindebitato può, quindi, predisporre un piano di ristrutturazione del debito che dovrà essere omologato dal giudice.

Conclude la Corte di Cassazione affermando il principio di diritto secondo cui la nozione di consumatore non deve avere riguardo, in sé e per sé, ad una persona priva dal lato attivo di relazioni d'impresa o professionali, attuali o pregresse, purché le stesse non abbiano dato vita ad obbligazioni residue non ancora soddisfatte al momento della presentazione del piano.

D'altronde, la qualità di imprenditore e quella di consumatore non sono omogenee, in quanto la prima è una caratteristica "ontologica" del soggetto, mentre la seconda è un elemento accidentale definito dalla finalità propria dell'atto<sup>13</sup>.

Risulta quindi necessaria la tracciabilità delle cause dell'insolvenza, che non devono avere origine da attività d'impresa o di lavoro autonomo, che consentano «un sicuro ancoramento tipologico alla figura del debitore compromesso in atti di rischio non speculativo o comunque proprio dell'intermediazione organizzativa».

In tema di consumatori, si rammenta anche la sentenza 20 gennaio 2005, causa C-464/01 con cui la Corte di giustizia europea ha ritenuto che non possa applicarsi la Convenzione di Bruxelles del 1968 (con-

cernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) a chi abbia stipulato un contratto relativo a un bene destinato a uso in parte professionale, a meno che tale uso sia assolutamente marginale<sup>14</sup>.

Da notare, infine, un'importante affermazione della Cassazione, laddove richiama «le esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale», e aggiunge la precisazione «dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi in un'attività d'impresa o professionale propria».

I Giudici di legittimità, quindi, prendono in considerazione la possibilità di valutare nel piano anche i debiti derivanti da impegni presi a favore di terzi, quali garanzie o fidejussioni, purché gli stessi non abbiano riflessi in una propria attività d'impresa. Questo assunto reca con sé una serie di problematiche, posto che, a onor del vero, i Tribunali di merito avevano escluso tale possibilità: ad es. il Tribunale di Bergamo<sup>15</sup> aveva affermato, sulla scorta di quanto asserito dalla Corte Europea, che non poteva essere ammesso al beneficio del sovraindebitamento il soggetto gravato da obbligazioni derivanti anche e soprattutto dalla prestazione di garanzie personali nell'interesse di società esercenti attività di impresa. La Cassazione sembra invece di diverso avviso.

Tale apertura indubbiamente favorisce l'utilizzo della procedura di sovraindebitamento, rispettando la vera *ratio* della norma volta a difendere la dignità di cittadini incolpevolmente impossibilitati a pagare i propri debiti, ma al contempo comporta una serie di interrogativi. Ci si domanda, infatti, se anche le somme sborsate a fronte di garanzie rilasciate a società di parenti e amici, purché non vi siano interessi personali, rientrino nella disciplina in esame.

Si pongono soprattutto due quesiti, concatenati tra loro: l'uno relativo ad un possibile conflitto di interessi<sup>16</sup>, l'altro relativo alla difficoltà di accertare se tale tipo di debito non sia stato assunto a fronte di una occulta attività imprenditoriale o professionale. In questo ultimo caso, infatti, ben potrebbe accadere che l'attività venga svolta da un c.d. prestanome, mentre il reale imprenditore figuri quale garante, potendo in tal modo accedere alla procedura di sovraindebitamento e aggirando le norme sulle procedure concorsuali. Lo stesso dicasi se il soggetto che assume la garanzia per attività altrui sia in realtà socio occulto di tale impresa con consequenziale applicazione delle procedure fallimentari. La dottrina tradizionale ha da sempre negato la possibilità di configurare il fallimento dell'imprenditore occulto, affermando che chi fallisce è solo il prestanome, ma un orientamento giurisprudenziale

<sup>14</sup> Cfr. SACCHETTINI E., commento a sentenza Cass., 1 febbraio 2016, n. 1869 in *Guida dir.*, 9, 2016, p. 45.

<sup>15</sup> Trib. di Bergamo, decreto del 12.12.2014.

<sup>16</sup> Cfr. SACCHETTINI E., cit., p. 38.

<sup>13</sup> Cfr. FALCONE G., *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, cit., 137.

prevede, in base all'art. 147 l.f., anche il fallimento dell'imprenditore occulto, equiparato ad un socio occulto. In base a quest'ultima tesi si giunge ad una sostanziale parificazione tra l'imprenditore occulto ed il prestanome sul piano della responsabilità d'impresa<sup>17</sup>.

In casi del genere, quindi, onde evitare ingiuste applicazioni della procedura relativa al sovraindebitamento, è necessario un apprezzamento nel merito che riveli un impiego del rischio assunto in una dimensione partecipativa, come d'altro canto sostenuto anche dalla Corte di Cassazione; in concreto, però, non sempre è facile accertare operazioni che dissimolino una partecipazione ad un'attività di impresa con il già richiamato rischio di aggirare le norme in tema di procedure concorsuali. Secondo quanto statuito dalla Suprema Corte, quindi, il richiamo è più alla qualità dei debiti da ristrutturare, in sé considerati nella loro composizione finale, piuttosto che all'attività svolta dal soggetto proponente.

La sentenza commentata assume un ibrido criterio di rilevanza della figura di consumatore nelle procedure di sovraindebitamento, offrendo rilevanza, da un lato, ad un profilo soggettivo per debiti propri; dall'altra, ad un profilo oggettivo per debiti di terzi. È però un meccanismo contraddittorio, che prospetta una rappresentazione plurima della figura del consumatore, che muta rilevanza giuridica a seconda che agisca nella qualità di debitore principale o nella qualità di debitore garante di debiti altrui. Ed invece proprio la dimensione di garante di debito altrui, vuoi attraverso lo schema fisiologico della fideiussione o del contratto autonomo di garanzia o di altro meccanismo di garanzia, vuoi attraverso un meccanismo indiretto di delegazione o di acollo cumulativi o addirittura di espromissione o di delegazione o acollo liberatori, quando non è provato lo spirito di liberalità dell'assunzione del debito altrui, dovrebbe fare propendere per un coinvolgimento del debitore nell'attività economica del terzo, debitore principale o originario. Piuttosto c'è da rilevare che è indifferente lo svolgimento pregresso o attuale di un'attività imprenditoriale o professionale del debitore, anche insieme ad altri soggetti, rilevando essenziale che le obbligazioni soggette a procedure di indebitamento siano riferite a bisogni personali o familiari del debitore, e se trattasi di obbligazioni accessorie di garanzia di debiti altrui non denotino coinvolgimento del debitore nell'attività imprenditoriale o professionale del terzo (come peraltro più spesso avviene).

In conclusione, la pronuncia della Corte di Cassazione, sostenendo che l'elemento identificativo al quale occorre ancorare ogni valutazione per qualificare come consumatore il ricorrente è la natura del debito, ha sicuramente il merito di ampliare il *favor* concesso alla posizione di consumatore nelle procedure di so-

vraindebitamento e di incoraggiare un'applicazione maggiore della legge n. 3 del 2012, ma, al contempo, rischia di favorire possibili elusioni della normativa in materia di procedure concorsuali.

<sup>17</sup> Cass. civ., sez. I, 23 maggio 2008, n. 13421.

## Sulla eventuale responsabilità degli Ordini professionali in relazione ai giudizi di congruità sulla parcella del singolo professionista.

*Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 2 agosto 2016, n. 16065*

### abstract

*In terms of professional services the Bar Council is not required nor may investigate the validity and effectiveness of mutual obligations. The Bar Council through the fairness opinion makes a purely formal control of the correspondence of the items indicated in the land and those laid down in applicable tariffs. Consequently, it is not the responsibility of the Council predicted that issued the fairness opinion for possible damage resulting from the execution of the injunction.*

### keywords

*Fairness opinion, injunction, liability of professional orders.*

### abstract

*In tema di prestazioni professionali il Consiglio dell'Ordine non è tenuto nè può svolgere indagini sulla validità ed efficacia delle obbligazioni reciproche. Il Consiglio dell'Ordine attraverso il parere di congruità effettua un controllo meramente formale della corrispondenza delle voci indicate nella parcella e quelle previste dalla tariffe vigenti. Conseguentemente è esclusa la responsabilità del predetto Consiglio che ha rilasciato il parere di congruità in ordine agli eventuali danni cagionati dall'esecuzione del decreto ingiuntivo.*

### parole chiave

*Parere di congruità, decreto ingiuntivo, responsabilità aquiliana degli ordini professionali.*

### Parere di congruità – ordini professionale – eventuale responsabilità per pregiudizi arrecati – inesistente

*L'eventuale pregiudizio subito dal cliente a seguito dell'iscrizione ipotecaria conseguente al decreto ingiuntivo emesso per un credito del professionista non è addebitabile all'Ordine professionale che ha vistato la parcella.*

Cass., sez. un., 2 agosto 2016, n. 16065

Pres. Canzio; Rel. Giancola

*(Omissis)*

### Svolgimento del processo

Il 16 luglio 2003 la S.r.l. D. adiva il Tribunale di Ancona per ottenere la condanna generica dell'Ordine degli ingegneri della Provincia di Ancona al risarcimento dei subiti danni, assumendo la responsabilità aquiliana dell'ente convenuto in relazione al parere di congruità espresso sulla parcella redatta dall'ing. F., in forza della quale il professionista aveva poi ottenuto un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, con cui era stata iscritta ipoteca per l'ammontare di Euro 60.000,00.

Con sentenza n. 954 del 5.04-28.08.2006 l'adito Tribunale di Ancona respingeva sia la domanda della società D. che quella riconvenzionale d'indole risarcitoria proposta dall'Ordine professionale.

Con sentenza del 9.05-4.12.2012 la Corte di appello di Ancona rigettava il gravame della società D. premettendo che: con l'unico motivo la S.r.l. D. aveva dedotto che "proprio l'ampia delega legislativa concessa" e l'obbligo generale di diligenza avrebbero dovuto indurre l'Ordine degli ingegneri a dotarsi di un regolamento interno per l'emissione di pareri sulle parcella professionali, pur non esistendo una norma positiva che glielo imponesse; nel caso il procedimento si era svolto "in modo del tutto superficiale ed anomalo" atteso che, in un primo momento l'istanza del professionista era stata accolta senza alcuna documentazione accompagnatoria, mentre successivamente l'Ordine aveva inteso "ratificare *ex post* il proprio operato" dopo aver chiesto ed ottenuto dall'interessato l'allegazione del riscontro cartaceo giustificativo della prestazione resa; nello specifico i documenti sottoposti al controllo presentavano "maddornali e macroscopiche incongruenze ed essenziali mancanze, quali la diversità del committente, che non era D.; l'assenza della firma del progettista; un evidente copia - incolla talchè il contenuto dell'elaborato neppure corrispondeva al frontespizio; la

totale mancanza dell'importo dei lavori..." senza il quale non era in alcun modo possibile ricostruire il quantum sulla cui base la parcella era stata calcolata; inoltre nella comparsa conclusionale la società appellante aveva richiamato una sentenza di legittimità sul difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria in controversia promossa da un avvocato contro il proprio consiglio dell'ordine.

Tanto premesso la Corte di Ancona osservava e riteneva che:

la questione di giurisdizione proposta dalla società D. era inammissibile. La possibilità di rilevare ed eccepire il difetto di giurisdizione doveva tenere conto dei principi costituzionali di economia processuale e di ragionevole durata del processo, sicché non ne era consentita la tardiva proposizione negli scritti difensivi conclusionali del giudizio di secondo grado, con la conseguenza che il giudice di appello non doveva tenerne conto; il giudice poteva rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si fosse formato il giudicato esplicito o implicito: in particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione poteva formarsi tutte le volte che la causa fosse stata decisa nel merito, come nella specie era avvenuto;

l'appello della D. era inoltre infondato nel merito. La prospettata responsabilità dell'Ordine non poteva fondarsi sulla mancata ma dalla legge non prevista adozione di un regolamento interno per disciplinare l'apposizione del visto di congruità; essa sarebbe stata in ipotesi configurabile con riferimento alla procedura in concreto seguita ed al riguardo non poteva che condividersi il ricorso del primo giudice ai principi giurisprudenziali affermati in materia. In tale prospettiva appariva evidente, anzitutto, la mancanza del nesso di causalità tra il visto di conformità rilasciato dall'ordine professionale, che non condizionava l'adozione del decreto monitorio, e l'iscrizione ipotecaria legittimata da tale provvedimento e fonte del lamentato danno. Inoltre, detto parere corrispondeva ad una funzione istituzionale dell'organo professionale in vista degli interessi degli iscritti e della dignità della professione, nonchè dei diritti degli stessi clienti; esso costituiva un atto di controllo meramente formale della corrispondenza a quelle di tariffa delle voci indicate nella parcella e non aveva alcun rilievo sulla validità ed efficacia delle obbligazioni reciproche. Non era dato poi riscontrare che il visto di congruità dell'Ordine degli ingegneri di Ancona, nella specie, fosse stato rilasciato in "assenza di controllo e/o nella arbitrarietà più assoluta", considerato che la documentazione allegata alla relativa richiesta di cui agli atti del fascicolo di parte appellante consentiva una ricostruzione dell'attività e delle prestazioni che si assumevano svolte dal richiedente, le quali, ove oggetto di contestazione sull'effettività e consistenza da parte del cliente, avrebbero potuto

essere accertate nella competente sede giudiziaria di cognizione ordinaria, nel cui ambito il professionista era tenuto, ai sensi dell'art. 2697 c.c., a fornire la piena prova della prestazione resa. D'altronde l'eventuale pregiudizio subito a seguito dell'iscrizione ipotecaria conseguente al decreto ingiuntivo emesso sulla base della parcella vistata ben poteva essere oggetto di richiesta risarcitoria nei confronti dell'intimante, tenuto a rispondere delle conseguenze della propria iniziativa giudiziaria nel caso in cui ne fosse stata riconosciuta ed affermata l'illegittimità o, comunque, l'infondatezza. Mentre ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo a norma dell'art. 636 c.p.c. la prova dell'espletamento dell'opera e dell'entità delle prestazioni poteva essere utilmente fornita con la produzione della parcella e del relativo parere della competente associazione professionale, tale documentazione non era più sufficiente nel giudizio di opposizione, il quale si svolgeva secondo le regole ordinarie della cognizione e imponeva al professionista, nella sua qualità di attore, di fornire gli elementi dimostrativi della pretesa. Per consentire al giudice di merito di verificare le singole prestazioni svolte e la loro corrispondenza con le voci e gli importi indicati nella parcella; ne conseguiva che la presunzione di veridicità da cui era assistita la parcella riconosciuta conforme alla tariffa non escludeva nè invertiva l'onere probatorio che incombeva sul professionista creditore – ed attore in senso sostanziale – sia quanto alle prestazioni effettivamente eseguite sia quanto alla misura degli importi richiesti. Le esposte considerazioni consentivano di ritenere ininfluenti ai fini della decisione le richieste istruttorie formulate, le quali, pertanto, andavano dichiarate inammissibili. Avverso questa sentenza la D. S.r.l. ha ammissibilmente proposto ricorso per cassazione affidato a tre motivi e notificato il 13-17.09.2014 all'Ordine degli ingegneri della Provincia di Ancona che il 23-24.10.2014 ha resistito con controricorso.

#### Motivi della decisione

A sostegno del ricorso la D. denuncia:

1. "In via preliminare e/o pregiudiziale, difetto di giurisdizione". La società ricorrente ribadisce che la controversia avrebbe dovuto reputarsi devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, richiamando a conforto la sentenza di questa Corte n. 14812 del 2009 a suo parere pertinente ed assumendo che al rilievo officioso della carenza di giurisdizione del giudice ordinario non avrebbe potuto ostare il giudicato interno implicito sulla questione.

Il motivo non ha pregio. Irreprensibilmente i giudici d'appello, in aderenza al dettato normativo ed alla relativa elaborazione giurisprudenziale puntualmente richiamata, hanno sia ritenuto inammissibile il rilievo della società D., di difetto di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria in favore di quel-

la amministrativa, perchè tardivamente formulato nella comparsa conclusionale del secondo grado del giudizio (cfr. Cass. SU n. 29523 del 2008; n. 26019 del 2008), e sia reputato che la sollevata questione di giurisdizione non fosse nemmeno suscettibile di esame officioso da parte loro, giustamente valorizzando, alla luce della compiuta esegesi dell'art. 37 c.p.c., l'intervenuta formazione del giudicato interno implicito sulla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, non tempestivamente gravata da appello (cfr. Cass. sez. un. n. 9693 del 2013; n. 24883 e 27531 del 2008).

2. "Omesso esame circa un fatto decisivo della controversia e conseguente violazione di legge dell'art. 2697 c.c."

La ricorrente deduce che, nell'escludere la responsabilità dell'ordine professionale, i giudici di merito hanno erroneamente posto l'accento sulla mancata adozione di un regolamento interno sui pareri di congruità delle parcelle professionali, quando invece, presupposta l'opinabilità delle non regolamentate modalità seguite per la concessione del visto, aveva sostenuto superficialità cd incongruenza del procedimento e della relativa conclusione positiva, dapprima attinta in assenza di documentazione probatoria del credito e poi ratificata. Si duole quindi della valutazione di esaustività del controllo compiuto dall'Ordine professionale e della violazione dell'art. 2697 c.c., sostenendo ancora che la Corte distrettuale ha contraddittoriamente riconosciuto provata la corrispondenza di voci e tariffe sulla base di documenti non idonei al fine, trascurando prove documentali e conculcando il suo diritto di difesa.

3. "Difetto di motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio". In particolare la ricorrente deduce omissione, insufficienza e contraddittorietà della motivazione in rapporto alla richiamata analisi compiuta nel precedente motivo e data l'erronea interpretazione e valutazione delle sue deduzioni e delle acquisite prove documentali.

Anche il secondo ed il terzo motivo del ricorso sono insuscettibili di favorevole sorte. Le poste censure si risolvono in inammissibili rilievi critici o assiomatici e privi di autosufficienza o non decisivi, essendo rimaste non impugnate le *rationes decidendi*, autonome, esaustive e dirimenti, integrate in sintesi dal difetto del nesso di causalità tra l'espresso parere dell'Ordine professionale e la subita iscrizione ipotecaria posta a fonte dell'addotto danno, oltre che dal rilievo secondo cui gravava in ogni caso sul professionista ingiungente, cui si riconduceva l'iniziativa pregiudizievole, l'onere di fornire nell'eventuale giudizio di opposizione introdotto dal cliente, la prova dell'esistenza e dell'entità del suo credito azionato in via monitoria, a tanto non bastando il parere in questione. Nel complesso poi l'iter argomentativo che sostiene la sentenza d'appello appare logico, puntuale

ed esaustivo ed a tale riguardo deve ricordarsi che le censure ricondotte all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, vanno esaminate alla luce del relativo testo innovato dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, concernendo la sentenza pubblicata il 4.12.2012.

Come ormai noto, la nuova normativa, circoscrivendo il vizio di motivazione deducibile mediante il ricorso per cassazione all'omesso esame di un atto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, costituisce espressione della volontà del legislatore di ridurre al minimo costituzionale l'ambito del sindacato spettante al Giudice di legittimità in ordine alla motivazione della sentenza, restringendo l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità ai soli casi in cui il vizio si converte in violazione di legge, per mancanza del requisito di cui all'art. 132 c.p.c., n. 4 ossia ai casi in cui la motivazione manchi del tutto sotto l'aspetto materiale e grafico, oppure formalmente esista come parte del documento, ma le sue argomentazioni siano svolte in modo talmente contraddittorio da non permettere d'individuarela, cioè di riconoscerla come giustificazione del *decisum*, e tale vizio emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza (cfr. anche Cass. sez. un. nn. 8053 e 80547 del 2014; Cass. n. 21257 del 2014), ipotesi nella specie non ravvisabili.

In definitiva il ricorso deve essere respinto, con condanna della soccombente società Deltafin 21 S.r.l. al pagamento in favore dell'Ordine degli ingegneri della Provincia di Ancona, delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.  
(*Omissis*)

*Nota a sentenza (in breve)*

### sommario

Premessa. – **1.** I fatti che hanno dato luogo alla sentenza. – **2.** L'opinamento delle parcelle da parte dei consigli degli ordini professionali. – **3.** Le statuizioni della Suprema Corte.

### Premessa

La pronuncia in commento interviene in tema di responsabilità aquiliana dell'ordine professionale in relazione al parere di congruità espresso sulla parcella redatta dal professionista e, segnatamente, in tema di risarcimento dell'eventuale pregiudizio arrecato ad un soggetto per effetto dell'iscrizione ipotecaria conseguente alla notifica di decreto ingiuntivo ottenuto sulla base della parcella vistata dall'ordine professionale. Nel caso di specie, una società, assumendo la responsabilità aquiliana dell'Ordine degli Ingegneri in

relazione al parere di congruità espresso sulla parcella di un professionista, chiedeva la condanna dell'Ordine professionale al risarcimento di tutti i danni subiti per effetto ed in conseguenza dell'iscrizione ipotecaria avvenuta sulla base del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ottenuto dal professionista in forza del predetto parere di congruità.

Sulla questione sono intervenute le sezioni unite della Suprema Corte di cassazione con la sentenza in commento statuendo che nessuna responsabilità può essere addebitata all'Ordine degli ingegneri che ha rilasciato il parere di congruità sia per la mancanza del nesso di causalità tra l'espresso parere dell'Ordine professionale e la subita iscrizione ipotecaria posta alla base dell'addotto danno sia perché non esiste una norma positiva che imponga agli ordini professionali di dotarsi di un regolamento interno per l'emissione di pareri sulle parcelle professionali.

### 1. I fatti che hanno dato luogo alla sentenza

La società D. S.r.l. conveniva innanzi al Tribunale di Ancona l'Ordine degli Ingegneri della provincia di Ancona al fine di sentirlo condannare al risarcimento dei danni subiti; a sostegno della propria richiesta la società assumeva la responsabilità aquiliana dell'ordine professionale in relazione al parere di congruità espresso sulla parcella redatta dal professionista (OMISSIS) in forza della quale poi la società si era vista notificare un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo con susseguente iscrizione di ipoteca.

Il Tribunale di Ancona rigettava la domanda per cui la società D. Srl proponeva appello deducendo la responsabilità aquiliana dell'Ordine degli ingegneri per mancata adozione di un regolamento interno per l'emissione di pareri sulle parcelle professionali nonché l'illegittimità del visto di congruità perché rilasciato in assenza di controllo e/o in maniera assolutamente arbitraria. Il giudice di secondo grado, tuttavia, respingeva l'appello osservando in particolare che la censura relativa alla responsabilità aquiliana dell'Ordine per mancata adozione di un regolamento interno che disciplinasse l'apposizione del visto di congruità era infondata e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo perché non esiste alcuna norma di legge che impone tale obbligo, in secondo luogo, perché manca il nesso di causalità tra il visto di conformità rilasciato dall'ordine professionale e l'iscrizione ipotecaria fonte del lamentato danno.

L'appellante, non paga delle motivazioni appena riassunte, proponeva ricorso per cassazione conclusosi con sentenza di rigetto, della quale veniamo a dare conto in questa sede.

### 2. L'opinamento delle parcelle da parte dei consigli degli ordini professionali

Il rilascio del parere di liquidazione da parte del Consiglio dell'Ordine di appartenenza è espressamen-

te previsto dall'art. 2233 c.c.<sup>1</sup> e dall'art. 636 c.p.c.<sup>2</sup>.

Invero, tra le attribuzioni del Consiglio dell'Ordine, rientra quella di formulare pareri sulle controversie professionali e sulla liquidazione di onorari e spese, qualora espressamente richiesto e, stante la natura di ente pubblico non economico dell'Ordine territoriale, il parere di liquidazione costituisce atto oggettivamente e soggettivamente amministrativo, emesso nell'esercizio di poteri autoritativi.

Il predetto parere, quindi, è emesso nell'esercizio di un potere riconosciuto in via esclusiva dalla legge come espressione di potestà amministrativa per finalità di pubblico interesse, esercitate nell'interesse della categoria e dei singoli appartenenti, nonché a tutela dello stesso cliente del professionista, e consiste in una valutazione tecnica da parte di un'autorità istituzionalmente competente a tale adempimento<sup>3</sup>.

Essendo il parere di liquidazione un atto amministrativo la sua adozione avviene nel rispetto delle disposizioni dettate in materia di procedimento amministrativo dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 la quale, del resto, non prevede alcun obbligo di adozione di un regolamento interno disciplinante il procedimento di adozione di pareri di congruità in ordine alla parcella professionali. L'art. 2 di tale legge prevede, infatti, solo l'obbligo per la pubblica amministrazione e per gli enti pubblici di concludere, mediante l'adozione di un provvedimento espresso, i procedimenti che devono essere iniziati d'ufficio o che conseguono obbligatoriamente ad un'istanza di parte. Con specifico riferimento poi ai termini entro i quali i diversi procedimenti devono concludersi, il terzo comma del sopracitato art. 2 stabilisce che in mancanza di una espressa disposizione legislativa e di un regolamento interno dell'Ordine, il termine entro il quale i procedimenti amministrativi, fra cui quello per il rilascio del parere di liquidazione, devono concludersi è fissato in novanta giorni. Da ciò consegue che dalla mancata (ma dalla legge non prevista) adozione di un regola-

<sup>1</sup> L'art. 2233 c.c. così dispone: «Il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene.

In ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione.

Sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali.»

<sup>2</sup> L'art. 636 c.p.c. così dispone: «Nei casi previsti nei nn. 2 e 3 dell'articolo 633, la domanda deve essere accompagnata dalla parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale. Il parere non occorre se l'ammontare delle spese e delle prestazioni è determinato in base a tariffe obbligatorie.

Il giudice, se non rigetta il ricorso a norma dell'articolo 640, deve attenersi al parere nei limiti della somma domandata, salva la correzione degli errori materiali.»

<sup>3</sup> In tal senso T.a.r Lombardia con decisione del 6 giugno 1984, n. 138.

mento interno disciplinante l'apposizione del visto di congruità non può certamente discendere la prospettata responsabilità aquiliana dell'Ordine professionale.

Con specifico riferimento alle ipotesi di riscossione di un credito professionale (art. 633, nn. 2 e 3, c.p.c.) occorre poi evidenziare che il successivo art. 636 c.p.c. richiede espressamente che il parere di liquidazione accompagni la richiesta di emissione del decreto ingiuntivo. Ebbene in tale sede il parere di liquidazione è atto necessario e sufficiente per l'inizio del procedimento monitorio ma non è vincolante per il giudice in ordine alla liquidazione degli onorari (Cass. civ. 21 luglio 1960, n. 2038; Cass. civ. 21 marzo 1983, n. 1977; Cass. civ. 21 febbraio 1995, n. 1889; Cass. civ. 7 maggio 1997, n. 3972; Cass. civ. 19 febbraio 1997, n. 1513; Cass. civ. 13 novembre 1997, n. 11222; Cass. civ. 29 gennaio 1999, n. 807; Cass. civ. 4 giugno 2001, n. 7487; Cass. pen. 9 dicembre 2003, n. 12203; Cass. civ. 30 luglio 2004, n. 14556; Cass. civ. 17 marzo 2006, n. 5884). Appare quindi evidente che se il parere di congruità non è vincolante per l'adozione del decreto monitorio nessun nesso di causalità può dirsi sussistente tra il predetto parere e l'eventuale pregiudizio e/o danno portato dall'iscrizione ipotecaria legittimata dal decreto ingiuntivo.

Infine, quanto al contenuto del provvedimento di liquidazione della parcella, sarà utile esaminare la posizione della giurisprudenza. Al riguardo è possibile evidenziare due posizioni difformi in merito al contenuto del parere di liquidazione. Infatti se, da un lato, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che il parere di liquidazione non si esaurisce in una mera certificazione della rispondenza del credito alla tariffa professionale ma implica la valutazione della congruità sul *quantum* (Cass. civ. 12 marzo 2008, n. 6534; Cass. civ. 29 ottobre 1992, n. 11765); dall'altro, la stessa Corte ha più volte affermato che il parere dell'organo professionale consiste nel formale controllo della corrispondenza tra le voci indicate nella parcella e nella tariffa di categoria e che il sindacato sull'effettiva esecuzione delle prestazioni, sul corretto adempimento delle stesse e sul valore della controversia compete all'autorità giudiziaria chiamata a dirimere le eventuali controversie (Cass. civ. 18 febbraio 1967, n. 401; Cass. civ. 19 maggio 1965, n. 976; Cass. civ. 20 gennaio 1982, n. 384; Cass. civ. 30 gennaio 1997, n. 932; Cass. civ. 4 aprile 2003, n. 5321). Tale ultima posizione è sostenuta anche dalla dottrina la quale ha evidenziato che il parere non ha natura decisoria, ma è una delle manifestazioni in cui si esplica la funzione consultiva attribuita agli enti professionali<sup>4</sup> e che il parere di liquidazione "attesta la verifica della rispon-

za alla tariffa professionale delle voci esposte nella parcella e ne comprova la veridicità ed esattezza in quanto rappresenta un formale controllo della corrispondenza delle voci indicate con la tariffa professionale"<sup>5</sup>.

In altre parole, nessuna analisi dovrà essere effettuata dal Consiglio dell'Ordine sull'effettivo svolgimento della prestazione e sulla diligenza professionale impiegata, trattandosi di accertamenti riservati esclusivamente alla competenza del giudice nell'eventuale giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo.

### 3. Le statuizioni della Suprema Corte

In primo luogo la Corte sancisce che la prospettata responsabilità dell'Ordine professionale, non può fondarsi sulla mancata adozione di un regolamento interno per disciplinare l'apposizione del visto di congruità; regolamento, del resto, non previsto da alcuna legge. In secondo luogo, la Corte evidenzia la mancanza di un nesso di causalità tra il visto di conformità rilasciato dall'Ordine – che, secondo la Corte, non avrebbe certo condizionato l'adozione del provvedimento monitorio – e l'iscrizione ipotecaria legittimata dall'ingiunzione, fonte del lamentato danno. A tal proposito la Corte precisa che il parere di congruità contestato dalla società corrispondeva ad una funzione istituzionale dell'Organo professionale, in vista degli interessi degli iscritti e della dignità della professione, nonché della dignità degli stessi clienti. In altre parole, esso costituiva, un atto di controllo meramente formale della corrispondenza delle voci indicate nella parcella a quelle di tariffa e non aveva alcun rilievo sulla validità ed efficacia delle obbligazioni reciproche. Sulla base delle considerazioni suesposte la Suprema Corte ha rigettato il ricorso condannando la società D. S.r.l. al pagamento in favore dell'Ordine degli ingegneri della Provincia di Ancona, delle spese del giudizio di legittimità.

<sup>4</sup> Così L. CARBONE, *La liquidazione della parcella da parte dell'ordine professionale*, in *Giust. Civ.*, 1991, II, p. 495; C. MAGRONE, *Onorari del procuratore e parere del Consiglio dell'Ordine*, in *Foro it.*, 1968, I, 2518; C. LEGA, *Parere del Consiglio Forense e consulenza tecnica*, in *Giur. It.*, 1963, I, 1, p. 675.

<sup>5</sup> Così L. CARBONE, *op. cit.*, p. 497.

Gaetano Scuto  
Avvocato

## Sulla tenuta della cartella clinica e nesso eziologico in relazione alla responsabilità.

*Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 31 marzo 2016, n. 6209*

### abstract

*The Supreme Court held responsible for the physician and health care facility for the keeping of incomplete medical records, with immediate effect, by recourse to assumptions, resulting from the incompleteness also a demonstration of the causative link.*

### keywords

*Medical liability – Keeping of medical records – Proximity of proof and presumptions – The physician's responsibility – Identification of the causative link.*

### abstract

*La Corte di Cassazione ha ritenuto responsabile il medico e la struttura sanitaria per la incompleta tenuta della cartella clinica, con l'immediato effetto che, ricorrendo alle presunzioni, dalla incompletezza ne deriva anche la dimostrazione del nesso eziologico.*

### parole chiave

*Responsabilità medica – Tenuta della cartella clinica – Vicinanza della prova e presunzioni – Responsabilità del medico – Individuazione del nesso eziologico.*

### Responsabilità medica – Tenuta della cartella clinica – Vicinanza della prova e presunzioni – Responsabilità del medico – Individuazione del nesso eziologico

La difettosa, e/o incompleta tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare il paziente, sotto il profilo della responsabilità contrattuale, talché in ossequio al principio di vicinanza della prova, si ricorre a presunzioni laddove la prova diretta sia impossibile in ragione del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato, ovvero medico e/o struttura, e ciò anche in relazione all'accertamento individuazione del nesso eziologico fra la condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente.

Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n. 6209

Pres. Vivaldi, Rel. Sestini

(*Omissis*)

T.A. e M.P. agirono, in proprio e in qualità di genitori esercenti la potestà sui minori I. ed A., per il risarcimento dei danni conseguiti alle lesioni subite dalla figlia I. in occasione del parto, avvenuto presso l'Ospedale Civile di (*Omissis*), che erano esitate in tetraparesi e grave insufficienza mentale causate da asfissia perinatale.

A tal fine, convennero in giudizio la A.S.L. n. (*Omissis*) di Ciriè e i medici B.P.G. e F.G., che resistettero alla domanda; al giudizio partecipò anche l'Assitalia s.p.a., chiamata in causa dalla A.S.L. per l'eventuale manleva.

Il Tribunale di Torino rigettò la domanda, con sentenza che è stata confermata dalla Corte di Appello.

Ricorrono per cassazione la T. ed il M., sia in proprio che in nome e per conto della figlia minore I., affidandosi a sei motivi; resistono, con distinti controricorsi, la A.S.L. TO (*Omissis*) (già A.S.L. n. (*Omissis*) di Ciriè) e la Generali Italia s.p.a. (già INA-Assitalia), mentre gli altri intimati non svolgono attività difensiva.

### Motivi della decisione

1. Premesso che gli attori avevano prospettato la responsabilità dei sanitari e della struttura ospedaliera per non aver prestato alla T. un'adeguata assistenza al parto e per non avere assicurato alla bambina un idoneo trattamento post-natale, la Corte di Appello ha ritenuto che non potesse ascrivere a responsabilità dei sanitari la mancata effettuazione del tracciato cardiocografico in luogo della mera auscultazione del battito cardiaco fetale (giacché le condizioni della T. non ne comportavano la necessità e, comunque, il tracciato di controllo non avrebbe potuto rilevare la presenza dell'asfissia) ed ha parimenti affermato che



“la fase post- natale fu gestita con corretta predisposizione di diagnosi e terapie nel momento in cui si evidenziò il peggioramento della bambina”, rilevando altresì che “il trasferimento al reparto di rianimazione fu disposto con tempistica ragionevole, nè un suo anticipo avrebbe condotto a risultati terapeutici migliori”; ha concluso, pertanto, che non poteva ravvisarsi “la sussistenza di nesso di causalità tra attività posta in essere dai sanitari e quanto ebbe a verificarsi in danno della neonata”.

Quanto alla “posizione della struttura ospedaliera” e al “profilo di mancanza di consenso in ordine alla presenza nella stessa di strutture idonee ad intervenire per ogni emergenza che si fosse verificata dopo il parto”, la Corte ha osservato che la T. non aveva provato che, ove fosse stata messa a conoscenza dei limiti strutturali dell’Ospedale di (*omissis*), non vi si sarebbe recata.

2. Col primo motivo, i ricorrenti deducono la violazione degli artt. 1218 e 2697 c.c. e si dolgono che la Corte abbia applicato ad una causa civile i criteri di accertamento del nesso di causa elaborati da questa Corte per il processo penale (ossia il c.d. criterio Francese) in luogo del criterio della preponderanza dell’evidenza pacificamente operante in ambito civile.

2.1. Il secondo motivo censura la sentenza – *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 5) – per “omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio”, individuato nel fatto che vi erano stati “vuoti temporali” e “carenze nella tenuta della cartella clinica”, tutti ampiamente evidenziati anche in sede di appello.

2.2. Col terzo motivo (che prospetta la violazione delle “regole di governo dell’onere della prova”, in relazione all’art. 2697 c.c. e art. 116 c.p.c.), i ricorrenti rilevano che la c.t.u., in quanto meramente deducente, non costituiva fonte oggettiva di prova ed evidenziano come i convenuti non avessero fornito la prova di aver fatto tutto il possibile per evitare l’evento, dolendosi pertanto che la Corte abbia fatto gravare sulla parte attrice l’onere della prova di fatti clinici che avrebbe dovuto ricadere sulle parti convenute.

2.3. Il quarto motivo (che prospetta la violazione di norme di diritto individuate negli artt. 1218 e 2697 c.c. e nell’art. 116 c.p.c.) censura ulteriormente la sentenza per essere “basata unicamente sulle risultanze della consulenza tecnica che ha definito corretto il comportamento dei medici, una consulenza deducente carente, illogica e contraddittoria”, in difetto di prova che i convenuti avessero fatto tutto il possibile per adempiere correttamente la loro obbligazione. In particolare, i ricorrenti evidenziano che, nonostante le difficoltà presentate alla nascita (con un indice APGAR che era salito da 4 a 7 solo a seguito di stimolazione manuale e di somministrazione di ossigeno), la neonata era stata “di fatto abbandonata a se stessa per sei ore”, ossia per l’intervallo (compreso tra le 3,00 e le 9,00 del mattino del 2.12.1996) in relazione al quale

non risultavano effettuate annotazioni in cartella clinica, e stessi”, circa il fatto che la neonata non fosse stata lasciata priva di assistenza e che nelle sei ore non avesse avuto problemi.

2.4. Col quinto motivo (che deduce la violazione degli artt. 87, 194 e 201 c.p.c.), i ricorrenti si dolgono della mancata rinnovazione della C.T.U., che era stata chiesta con l’atto di appello sul rilievo che i consulenti d’ufficio nominati in primo grado non avevano assicurato il contraddittorio tecnico.

2.5. L’ultimo motivo (che prospetta la violazione degli artt. 1176 e 1218 c.c.) censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondato il profilo di appello relativo alla mancanza di informazione circa la carenza di attrezzature capaci di fronteggiare ogni possibile emergenza successiva al parto.

3. Il ricorso è fondato – per quanto di ragione – in relazione ai motivi secondo, terzo e quarto.

È noto che – secondo i principi che governano la responsabilità contrattuale – la struttura e i sanitari che siano convenuti in giudizio per ipotesi di malpractice sono tenuti a fornire la prova liberatoria richiesta dall’art. 1218 c.c., con la conseguenza che il mancato raggiungimento di tale prova (compreso il mero dubbio sull’esattezza dell’adempimento) non può che ricadere a loro carico.

È noto, altresì, che la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può tradursi, sul piano processuale, in un pregiudizio per il paziente (cfr. Cass. n. 1538/2010) e che è anzi consentito il ricorso alle presunzioni “in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato” (Cass. n. 11316/2003; cfr. Cass. n. 10060/2010); tali principi, che costituiscono espressione del criterio della vicinanza alla prova nel più ampio quadro della distribuzione degli oneri probatori, assumono speciale pregnanza in quanto sono destinati ad operare non soltanto ai fini della valutazione della condotta del sanitario (ossia dell’accertamento della colpa), ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la condotta medica e le conseguenze dannose subite dal paziente (cfr., oltre alle citate Cass. n. 11316/2003 e n. 10060/2010, anche Cass. n. 12218/2015).

Va inoltre considerato – in fatto – che non può dubitarsi (e non hanno mostrato di dubitarne nè i consulenti d’ufficio, nè la Corte di Appello che ha aderito alle loro conclusioni) che, nel caso in esame, le difficoltà presentate dalla neonata al momento del parto comportassero la necessità di un attento monitoraggio post-natale, al fine di cogliere tempestivamente eventuali peggioramenti delle condizioni e di assicurare un immediato intervento.

Tanto premesso, deve ritenersi che la Corte abbia errato laddove, a fronte di un vuoto di ben sei ore nelle annotazioni della cartella clinica, ha ritenuto di condi-

vedere l'ipotesi -formulata dai consulenti d'ufficio- che la neonata non potesse essere stata lasciata senza assistenza e non "avesse avuto problemi, anche perchè al mattino le condizioni cliniche erano stabili".

Tali conclusioni meritano censura sia sotto il profilo del vizio motivazionale (anche nei ristretti termini in cui esso assume rilevanza ai sensi del novellato art. 360 c.p.c., n. 5) che sotto quello della violazione dei criteri di distribuzione dell'onere della prova, alla luce della pacifica carenza di annotazioni nella cartella clinica.

Non può sfuggire, infatti, l'irriducibile antinomia esistente fra la constatazione della carenza delle annotazioni e l'affermazione della plausibilità dell'ipotesi che -ciononostante- la neonata fosse stata ben monitorata: si tratta, infatti, di una conclusione che è contraria alle effettive risultanze documentali e che viola il criterio secondo cui l'imperfetta compilazione della cartella clinica non può tradursi in uno svantaggio processuale per il paziente (anzichè per la parte cui il difetto di annotazione è imputabile), traducendosi in un inammissibile vulnus al criterio che onera la parte convenuta della prova liberatoria in merito all'esattezza del proprio adempimento.

Considerato che l'errore ora censurato attiene ad un passaggio centrale del percorso argomentativo della decisione impugnata, deve disporsi la cassazione della sentenza (con assorbimento dei profili non esaminati) e il rinvio alla Corte di Appello, per il nuovo esame della controversia alla luce dei principi sopra richiamati e delle discrasie evidenziate.

4. La Corte di rinvio provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.  
(*Omissis*)

*Nota a sentenza (in breve)*

### sommario

Premessa. – 1. La vicenda. – 2. La cartella clinica: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale anche alla luce della L. Balduzzi e DDL Gelli. Diversità delle responsabilità. – 3. Il dibattito giurisprudenziale. – 4. Considerazioni finali.

#### 1. La vicenda

I genitori della minorenni lamentavano che i due precedenti gradi di merito non avessero considerato che la incompleta tenuta della cartella clinica potesse, in relazione al caso specifico, e ricorrendo alle presunzioni di legge, costituire il nesso causale tendente alla dimostrazione della responsabilità della struttura e del medico per accertare l'erronea condotta. La Suprema Corte, infatti, ha ritenuto che il vuoto di ben sei ore nelle annotazioni della cartella clinica, non potesse non far presupporre che la neonata fosse stata lascia-

ta priva di assistenza. Da qui la responsabilità della struttura e del medico, di segno totalmente opposto alle conclusioni della Corte d'Appello e dei nominati consulenti d'ufficio, secondo cui, in ragione del fatto che al mattino seguente le condizioni cliniche erano stabili, i sanitari non avevano potuto lasciare la neonata priva di assistenza.

#### 2. La cartella clinica: Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale anche alla luce della Legge 8 novembre 2012 n. 189 (c.d. Balduzzi) e DDL Gelli. Diversità delle responsabilità

La cartella clinica è un atto pubblico a formazione progressiva, con fede privilegiata e consiste nel complesso ordinato e scritto dei vari dati sanitari raccolti dai medici sulla persona del fruitore della prestazione sanitaria.

La cartella clinica assume grande importanza dal punto di vista medico legale per la sua efficacia probatoria [fa prova fino a querela di falso], per il suo valore storico-documentale e per l'attestazione circa la valida acquisizione del consenso informato.

La responsabilità della regolare compilazione, della tenuta e della custodia della cartella clinica, è rimessa al dirigente di secondo livello del reparto, meglio noto come Primario, il quale deve anche vigilare sull'esattezza dei contenuti tecnici della cartella, della diagnosi formulata, della terapia prescritta e praticata al paziente in relazione alla patologia ovvero all'intervento subito. Non di meno, però, la responsabilità è anche della struttura sanitaria. Ed è in tal caso che, in ipotesi di giudizio, possono sorgere problemi nella individuazione della natura della responsabilità, con risvolti sotto il profilo processuale e sostanziale. Infatti la Legge 8 novembre 2012 n. 189 (c.d. Balduzzi) prevede che la responsabilità del sanitario ricada nell'alveo della c.d. responsabilità extracontrattuale, mentre quella della struttura in quella contrattuale, talchè nei confronti del primo sarà il danneggiato a dover assolvere l'onere probatorio, nel secondo invece la struttura [principio dell'inversione dell'onere della prova]. Con la Sentenza in commento, invece, si è voluto superare ogni barriera divisoria creata dalla legge, semplificando il tutto con il ricorso alle presunzioni, il cui risultato conduce alla dichiarazione di responsabilità ed all'accertamento del nesso causale, della *malpractice* senza passare il vaglio dell'onere probatorio classico [inversione nei confronti della struttura, onere nei confronti del sanitario]. La suprema Corte accertando la responsabilità dei sanitari per la incompleta tenuta della cartella clinica, nulla ha fatto che mandare alle ortiche la previsione normativa della Legge 8 novembre 2012 n. 189, quantomeno nei confronti del sanitario «Il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della Legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non

costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare). In ogni caso l'alleggerimento della responsabilità (anche) civile del medico "ospedaliero", che deriva dall'applicazione del criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria indicato dalla legge Balduzzi (art. 2043 c.c.), non ha alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata (sia essa parte del S.S.N. o una impresa privata non convenzionata), che resta comunque di tipo "contrattuale" ex art. 1218 c.c.» (Tribunale di Milano, sentenza del 17 luglio 2014).

Come si sarebbe inserita la vicenda alla luce del DDL Gelli in materia di riforma della responsabilità sanitaria?

Il comma 2 dell'art 11<sup>1</sup> del DDL Gelli assume contorni non solo poco utili ai fini dell'economia processuale – verso cui corrono tutte le ultime riforme – ma anche contraddittori rispetto alle disposizioni del codice di procedura civile, laddove vieta la difesa della Compagnia per l'intero massimale di polizza, in uno alle eccezioni derivanti dal contratto, in aperto contrasto con l'art 164 c.p.c.

In buona sostanza la previsione normativa annulla le pattuizioni contrattuali sottoscritte dalle parti, libe-

rando così una anarchia processuale con metodi da santa inquisizione, il cui effetto non potrà che ricadere sui contraenti che accuseranno un vertiginoso aumento del premio. La contraddittorietà della previsione normativa è accentuata dal comma 3, secondo cui, con un secondo autonomo giudizio, l'impresa può esperire la rivalsa [anche se dovrebbe parlarsi di regresso in ragione della solidarietà] di quanto avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o ridurre in base alla polizza.

Nel caso in esame, la previsione assumerebbe contorni ancor più fumosi, giacché la Suprema Corte ha adottato – a fini dimostrativi e di accertamento del nesso – il sistema delle presunzioni, con un ipotetico enorme squilibrio processuale, accentuato dal DDL Gelli, con finalità ed effetti in *pejus* per i convenuti.

### 3. Il dibattito giurisprudenziale

Altalenate è stata la Suprema Corte, ed in realtà sulle tematiche giuridiche della pronuncia (onere della prova – presunzioni – nesso eziologico) ancora lo è.

Di segno opposto – in linea generale – certamente la successiva pronuncia della Suprema Corte «L'affermazione della responsabilità del medico per i danni cerebrali da ipossia patiti da un neonato, ed asseritamente causati dalla ritardata esecuzione del parto, esige la prova – che deve essere fornita dal danneggiato – della sussistenza di un valido nesso causale tra l'omissione dei sanitari ed il danno, prova da ritenere sussistente quando, da un lato, non vi sia certezza che il danno cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche e, dall'altro, appaia più probabile che non che un tempestivo o diverso intervento da parte del medico avrebbe evitato il danno al neonato; una volta fornita tale prova in merito al nesso di causalità, è onere del medico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la scusabilità della propria condotta» (Cass. civ., sez. III, 09 giugno 2016, n. 11789).

Conforme alla pronuncia in commento, la Suprema Corte a grandi linee anticipava i principi in tema di sufficienza della presunzione ai fini probatori «In tema di responsabilità professionale sanitaria, l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido legame causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare la lesione» (Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2015, n. 12218)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ART. 11. – *Azione diretta del soggetto danneggiato*

1. Fatte salve le disposizioni dell'articolo 8, il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa all'azienda, struttura o ente di cui al comma 1 dell'articolo 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10.

2. Non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto né clausole che prevedano l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno.

3. L'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nella misura in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o di ridurre la propria prestazione.

4. Nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'azienda, struttura o ente a norma del comma 1 è litisconsorte necessario l'azienda, la struttura o l'ente medesimo; nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria a norma del comma 1 è litisconsorte necessario l'esercente la professione sanitaria. L'impresa di assicurazione ha diritto di accesso alla documentazione della struttura sanitaria relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro.

5. L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione è soggetta al termine di prescrizione pari a quello dell'azione verso l'azienda sanitaria, la struttura o l'ente assicurato.

6. Le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell'articolo 10 con il quale sono determinati requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie.

<sup>2</sup> Conforme Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2010, n. 10060 «In tema di responsabilità professionale del medico, il nesso causale sussiste anche quando, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si possa ritenere che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto fondate possibilità di evitare il danno; a tal fine, la difettosa tenuta della cartella clinica non

Gli Ermellini, però, non si sono posti la problematica – né tantomeno è stata sollevata dai ricorrenti – della falsità della cartella clinica per incompletezza laddove il vuoto abbia inciso ed espressamente celato un accadimento successivamente ritenuto negativo «In tema di falso documentale, la falsità in atto pubblico può integrare il falso per omissione allorché l’attestazione incompleta – perché priva dell’informazione su un determinato fatto – attribuisca al tenore dell’atto un senso diverso, così che l’enunciato descrittivo venga ad assumere nel suo complesso un significato contrario al vero. (Fattispecie in cui la Corte ha confermato la sentenza di assoluzione di un sanitario, che non aveva annotato nella cartella clinica del paziente alcuni eventi significativi, in quanto il suo comportamento complessivo non lasciava trasparire alcuna volontà omissiva, atteso che alcuni esami erano stati richiesti per via telematica e il loro esito era stato trascritto dagli infermieri nel loro diario)» (Cass. pen., sez. V, 10 dicembre 2014, n. 5635).

#### 4. Considerazioni finali

Non possono non prendersi in considerazione i risvolti delle questioni affrontate, al fine di circoscrivere l’area dei danni suscettibili di rilevanza giuridica, in linea con l’assunto da cui muove la suprema corte sin dagli anni 70, secondo cui l’area della responsabilità deve esser contenuta «entro confini sufficientemente rigorosi e sicuri, al fine di soddisfare adeguatamente l’esigenza di impedire una indefinita propagazione dei danni risarcibili»<sup>3</sup>.

vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta del medico e le conseguenze dannose sofferte dal paziente, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocare il danno, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, assumendo rilievo, al riguardo, il criterio della “vicinanza alla prova”, cioè della effettiva possibilità per l’una o per l’altra parte di offrirla.

<sup>3</sup> Cass. 26 gennaio 1971, n. 174, cd. “caso Meroni”.

## Pasquale Mautone

Avvocato Cassazionista – Docente in Diritto Processuale Civile presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali presso l'Università di Napoli "Federico II"

## Antonella Storti

Dottore Magistrale in giurisprudenza – specializzanda presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università LUISS "Guido Carli" Roma

# Sulla natura contrattuale della responsabilità medica ed il riparto dell'onere della prova.

*Nota a Trib. Napoli, sez. civ. VIII, 7 luglio 2016, n. 8505*

### abstract

*The Court of Naples takes a position on the contractual nature of medical liability, in order to remark that the injured patient only needs to prove that medical malpractice occurred and it was able to cause damage. To the contrary, the medical professional must be able to prove that he wasn't negligent in treating the patient, or that there wasn't any causal connection between the health care professional's deviation from the standard of care and the patient's injury.*

### keywords

*Medical Malpractice Damages – Medical Liability – Health Facility – Causal Connection – Fault – Informed Consent.*

### abstract

*Il Tribunale di Napoli affronta la questione della natura contrattuale della responsabilità medica, sottolineando che il paziente danneggiato deve soltanto provare inadempienze qualificate che siano idonee a porsi come causa del danno. Al contrario, il professionista medico ha l'onere di dimostrare di non aver agito con negligenza nei riguardi del paziente, o che, seppur vi sia stato un inesatto adempimento della prestazione, ciò non abbia avuto incidenza causale sulla produzione del danno.*

### parole chiave

*Danno Iatrogeno – Responsabilità Medica – Struttura Sanitaria – Nesso Causale – Colpa – Consenso Informato.*

### Responsabilità Medica – Onere della prova

*Il paziente danneggiato deve soltanto provare inadempienze qualificate che siano idonee a porsi come causa del danno. Al contrario, il professionista medico ha l'onere di*

*dimostrare di non aver agito con negligenza nei riguardi del paziente, o che, seppur vi sia stato un inesatto adempimento della prestazione, ciò non abbia avuto incidenza causale sulla produzione del danno.*

Trib. Napoli, sez. VIII, 7 Luglio 2016, n. 8505

Giudice dott. M. Amura

### Ragioni di fatto e di diritto

Con atto di citazione ritualmente notificato, D.C.V. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Napoli, l'intestate strutture sanitarie, al fine di veder accertati e risarciti i danni subiti per effetto dei trattamenti sanitari meglio descritti in citazione; a tal riguardo esponeva:

Che in data 21.09.2010 il Sig. D.C.V. veniva ricoverato presso la Clinica Neurologica dell'A.O.U. F. per il trattamento chirurgico di un'ernia discale cervicale C5-C6, avendo nel luglio dello stesso anno presentato a seguito di un tuffo in mare un'improvvisa ipostenia e parestesie degli arti inferiori, soprattutto a sinistra e progressiva difficoltà nella deambulazione.

Che in data 4 ottobre 2005 veniva sottoposto ad intervento chirurgico mediante approccio anteriore al rachide cervicale, con la certezza, come si legge dall'atto di consenso informato, che l'intervento sarebbe stato eseguito con l'interposizione di un cage tra i corpi vertebrali;

Che in data 7 ottobre 2005 veniva dimesso con diagnosi definitiva di ernia discale C5-C6 sx;

Che il giorno successivo si manifestava una imponente e progressiva cervicobrachialgia sinistra, resistente alle terapie antidolorifiche;

Che in data 9 ottobre 2005 veniva nuovamente ricoverato presso l'A.O.U. F. e curato con terapia cortisonica, dimesso, poi, il giorno successivo con medicazione della ferita;

Che in occasione del controllo ambulatoriale del

26 novembre 2005 presso l'A.O.U. F. veniva eseguita una RMN del rachide cervicale in occasione della quale si accertava che l'intervento chirurgico era stato eseguito senza l'applicazione del "cage";

Che all'esito di detto intervento si manifestava un consistente peggioramento delle originarie condizioni neurologiche con persistenza della sofferenza midollare a livello C5-C6 ed ipostenia degli arti con paraparesi;

Che, tenuto conto delle condizioni patologiche del D.C.V. in occasione del ricovero si sarebbe dovuto eseguire un diverso tipo di intervento, atteso che la semplice discectomia senza l'interposizione del "cage" tra i corpi vertebrali avrebbe determinato la perdita del cuscinetto "ammortizzatore", eliminando il normale spazio intervertebrale e ponendo in contatto i due corpi vertebrali adiacenti, provocando, dopo un periodo di minore stabilità, una fusione ossea a sua volta determinante un irrigidimento del rachide cervicale compromettendone la funzionalità, con elevata probabilità di consequenziali neuropatie;

Che l'intervento indicato avrebbe imposto l'interposizione di un cage tra i corpi vertebrali; parimenti indicato era un intervento di artroplastica;

Che andava altresì imputato ai sanitari della convenuta anche l'incompleta rimozione degli osteofiti presenti a livello C5-C6 con conseguente compromissione delle strutture nervose a tale livello;

Che veniva in concreto eseguito intervento diverso da quello indicato nel documento di consenso informato;

Che per effetto di tali condotte il paziente conseguiva un peggioramento del quadro anatomo-fisio-patologico nei termini descritti al capo 21 dell'atto di citazione;

Che nella ctp a firma dei dottori F. T. e P. C. il danno iatrogeno di natura permanente veniva qualificato nella misura del 30%.

Sulla base di tali premesse, l'attore chiedeva riconoscersi l'esclusiva responsabilità degli operatori sanitari "dell'O. P." per aver determinato, per effetto degli inadempimenti individuati in citazione e cui si rinvia, il danno iatrogeno descritto. Chiedeva, pertanto, la condanna "del convenuto" al risarcimento dei danni indicati nella misura da quantificarsi in corso di causa, con vittoria delle spese di lite.

Si costituiva la Asl N. lamentando il difetto di legittimazione passiva, non essendo alla stessa riconducibili profili di responsabilità ascrivibili ai sanitari dell'ulteriore convenuta A.O.U. F.

Si costituiva anche quest'ultima lamentando sotto più profili l'infondatezza della proposta domanda; chiedeva ed otteneva, inoltre, l'autorizzazione alla chiamata in causa della F. Ass.ni S.p.A., al fine di essere mallevata in caso di condanna.

Si costituiva la chiamata in causa contestando l'ammissibilità e fondatezza delle domande proposte.

All'udienza del 28 Novembre 2011, stante la dichiarazione della chiamata in causa F. Ass.ni S.p.A. afferente la sottoposizione di detta società alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, veniva dichiarata l'interruzione del giudizio limitatamente alla domanda di malleva.

Ammessa ed espletata ctu medico legale affidati ai dottori F. C., specialista in Neurochirurgia e L. L., specialista in medicina legale e delle assicurazioni, la causa veniva riservata in decisione, salvo, poi, essere rimessa sul ruolo alla odierna udienza anche per la decisione a norma dell'art 281 sexies c.p.c.

Parte attrice, in sede di costituzione, depositava una consulenza medico-legale, redatta dai dottori F. T., specialista in Anatomia Patologica e P. C., specialista in neurochirurgia, volta a ribadire i profili di inadempimento imputati agli operatori e già sopra descritti.

In via preliminare va dichiarata l'inammissibilità della domanda come proposta nei confronti della convenuta Asl N. per difetto di legittimazione passiva, non avendo parte attrice in alcun modo prospettato circostanze che consentano di individuare una responsabilità in capo a detta struttura sanitaria. Ed invero appare circostanza incontroversa e puntualmente chiarita dallo stesso attore quella secondo cui l'intero iter clinico è stato curato dai sanitari della A.O.U. F. talché appare obiettivamente incomprensibile la ragione per cui sia stata evocata in giudizio la Asl N., oggi Asl Nap.

Passando ad esaminare le domande proposte nei confronti della A.O.U. F., occorre previamente inquadrare la controversia nella tematica della responsabilità medica e/o delle strutture sanitarie, evidenziando le più recenti conclusioni alle quali è giunta la giurisprudenza, in particolare, della Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 577/2008.)

Ciò risulta indispensabile perché con quest'ultima pronuncia la Corte di Cassazione ha affrontato e risolto alcune questioni, ed in particolare quella relativa al riparto degli oneri probatori tra paziente-attore e medico-convenuto, fornendo dei criteri di cui, ormai, non si può non tener conto nell'esaminare controversie in materia di responsabilità medica.

In tale pronuncia la cassazione ha, preliminarmente, affermato l'irrilevanza della natura pubblica o privata della struttura sanitaria nella quale il paziente è stato ricoverato ai fini dell'individuazione del regime di responsabilità.

Infatti, richiamando il proprio costante orientamento (Cass. n.1698/06, n.9085/06, n.10297/04), la Suprema Corte ha ribadito la natura contrattuale della responsabilità, sia della struttura sanitaria, sia del medico dipendente dalla stessa, evidenziando la sola differenza concernente la fonte (un contratto, nel primo caso, il c.d. "contatto sociale" nel secondo caso.)

In particolare, con riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria, si è in presenza di un contratto atipico a prestazioni corrispettive (cosiddetto

contratto di spedalità), che si conclude all'atto dell'accettazione del paziente presso la struttura e da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (da parte del paziente, dell'assicuratore ovvero del Servizio Sanitario Nazionale) insorgono, a carico della struttura sanitaria, accanto a quelli di tipo *latu sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico, nonché di apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni o emergenze (cfr. all'uomo, anche Cass. 14 giugno 2007 n. 13593, Cass. 26 Gennaio 2006, n. 1698; Cass. 14 Luglio 2004, n. 13066; Cass. 8 gennaio 1999, n.103).

Peraltro, così ricostruita la fattispecie, la struttura certamente risponde, in via contrattuale, non solo delle obbligazioni direttamente poste a proprio carico (servizio alberghiero, attrezzature eccetera), ma anche dell'opera svolta dai propri dipendenti ovvero ausiliari (personale medico e paramedico), secondo lo schema proprio dell'art. 1228 cod. civ. A tal proposito, peraltro, la Suprema Corte, con la sentenza 8 gennaio 1999, n. 103, (ma cfr. anche, più recentemente, Cass. 22 Marzo 2007, n. 6945), applicando in ambito sanitario principi già costantemente esposti nell'ordinario ambito contrattuale, ha ulteriormente chiarito che rispetto al detto inquadramento dogmatico non rileva la circostanza per cui il medico che eseguì l'intervento chirurgico fosse o meno inquadrato nell'organizzazione aziendale della casa di cura (ovvero dell'ospedale), né che lo stesso fosse stato scelto dal paziente ovvero fosse di sua fiducia (cfr., in tal senso, Cass. 14 giugno 2007 n. 13593; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698), posto che la prestazione del medico è comunque indispensabile alla casa di cura (ovvero all'ospedale) per adempiere l'obbligazione assunta con il paziente e che, ai fini qualificatori predetti, è sufficiente la sussistenza di un nesso di causalità tra l'opera del suddetto ausiliario e l'obbligo del debitore (cfr. in tal senso, Cass. 11 maggio 1995, n. 5150.)

La premessa relativa alla natura contrattuale della responsabilità è fondamentale per poter comprendere il successivo passaggio compiuto dalle Sezioni Unite nell'affrontare la questione relativa al riparto degli oneri probatori.

Infatti, proprio dalla pacifica natura contrattuale della responsabilità la Suprema Corte fa discendere una conseguenza rilevante (e determinante nel caso specifico), l'applicazione dei principi già espressi dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 13533/2001 in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento.

In tale storica pronuncia, infatti, la Suprema Corte ha affermato che il creditore che agisce per la risoluzione del contratto, per il risarcimento del danno o per l'adempimento, ha l'onere di provare la fonte (legale o negoziale) del proprio diritto, mentre può limitarsi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento

dell'altra parte, gravando su quest'ultima (ovvero sul debitore del convenuto) l'onere di provare l'esistenza di un fatto estintivo, ovvero dell'avvenuto adempimento.

Tali principi sono stati affermati anche con riferimento ai casi in cui si lamenti un inesatto adempimento dell'obbligazione: anche in questo caso, secondo la Cassazione, il creditore istante deve limitarsi ad allegare l'inesatto adempimento, gravando sulla controparte l'onere di provare l'esatto adempimento.

Partendo da questa premessa, nella sentenza 577/2008 le Sezioni Unite sono giunte ad affermare l'applicabilità di questi principi anche alla responsabilità medica, compiendo un ulteriore passaggio: considerando oramai superata la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato (che conserva una valenza descrittiva ma non è più foriera di conseguenze sul piano probatorio), la Suprema Corte ha affermato che in tema di responsabilità medica, l'allegazione del creditore non può essere limitata ad un qualsiasi inadempimento, ma deve riguardare un inadempimento *cd. Qualificato*, ovvero un inadempimento che costituisca causa astrattamente efficiente alla produzione del danno.

Tali affermazioni sono state quindi cristallizzate dalla Suprema Corte nel seguente principio di diritto: "in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante."

L'orientamento è stato seguito anche in successive pronunce della Suprema Corte di Cassazione; così, da ultimo, Corte di Cassazione, sentenza n. 15993/11: "in tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente per danni derivanti dall'esercizio di attività di carattere sanitario, il paziente ha il solo onere di dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno."

I principi affermati dalla Suprema Corte, infatti, appaiono condivisibili proprio nella misura in cui risultano realizzare un giusto temperamento degli opposti interessi di attore e convenuto, determinando una distribuzione degli oneri probatori conforme ai principi di vicinanza della prova e di disponibilità dei

fatti senza gravare nessuna delle due parti processuali di oneri probatori che non siano assolvibili, ovvero che risultino eccessivi o penalizzanti per una delle parti.

Poste le premesse che precedono, venendo all'esame del caso di specie, la domanda nel merito appare infondata e, pertanto, va rigettata.

Infatti, applicando i principi innanzi richiamati al caso di specie, ed in particolare il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 577/2008, deve osservarsi in primo luogo che, pur avendo l'attore assolto all'onere di allegazione dell'inesatto adempimento sullo stesso gravante (inadempiamenti consistenti nell'esecuzione di una tipologia di intervento diversa da quella indicata nel caso di specie ovvero nella incompleta rimozione degli osteofiti presenti a livello C5-C6, è difettata la prova dell'esistenza del nesso di causalità tra le condotte, commissive e/o omissive indicate in citazione (nonché nell'allegata ctp) ed imputate ai sanitari della convenuta, ed il paventato danno iatrogeno.

Ed invero occorre richiamare sul punto gli accertamenti peritali svolti in corso di causa ed affidati ai dottori C. e L.

Ai ctu è stato, tra l'altro, chiesto di verificare, in base alla situazione preesistente desumibile dalla documentazione prodotta in giudizio, nonché alla luce delle deduzioni di parte, se l'intervento chirurgico prescelto fosse o meno, in astratto, quello adeguato alla patologia sofferta dall'attore, in base agli ordinari criteri della diligenza professionale.

A fronte di ciò i ctu hanno svolto le seguenti, condivisibili, valutazioni:

*“L'intervento prescelto in base alle categorie della scienza medica, all'anamnesi ed alla documentazione prodotta risulta adeguato. Ci si era proposto ed era necessario decomprimere le strutture nervose, radici e midollo spinale. Infatti, dalla documentazione risultava un'ernia del disco con sofferenza midollare e radicolare. L'approccio anteriore rappresenta tuttora la metodica standard per il trattamento di questa patologia. La sofferenza oggettiva era determinata da fatto che l'ernia del disco aveva prodotto un'alterazione di segnale del midollo spinale per compressione diretta. Un'analogia compressione veniva riscontrata a carico della radice corrispondente. Le immagini allegate a scopo esemplificativo illustrano l'ernia del disco cervicale con la compressione sul midollo e sulla radice. Purtroppo non sono disponibili le immagini reali ma è disponibile in allegato (citazione avvocato L.) quello che il radiologo descrive. Lo scopo principale dell'intervento chirurgico era quello di “decomprimere” le strutture nervose compromesse dall'ernia del disco manifestatasi con il trauma, ed è quello che è stato fatto. Il trauma avrebbe causato l'ernia del disco per effetto di motilità violenta ed anomala della colonna cervicale con compressione acuta delle strutture mielo-radicolari ed alterazione del segnale midollare (alla risonanza magnetica.) Il danno neurologico conseguente non è sempre reversibile. Subito dopo il*

*tutto in mare l'attore aveva presentato dolore e tetra-paresi, ossia difficoltà nei movimenti degli arti. La decompressione del midollo e della radice per via anteriore non necessariamente comporta l'inserimento di una protesi e quindi una fusione con mezzo sintetico interposto. Era ed è dibattuto se sia sempre necessaria una protesi intersomatica o “gabbietta” a completamento dell'intervento. Infatti, la decompressione del midollo spinale e quindi la restaurazione dei diametri del canale vertebrale può essere ottenuta indipendentemente dall'impiego di protesi.*

*Non è dato sapere se ci fossero segni di instabilità vertebrale, ossia se la colonna vertebrale si muovesse in modo anomalo per effetto dello stress conseguente al trauma. Queste avrebbero eventualmente cambiato il quadro. La relazione delle immagini radiografiche avrebbe però rilevato anomalie di questo tipo repertando fratture o spondilolistesi. In definitiva manca l'evidenza di alterazioni di questo tipo. In conclusione, quello che ci si aspettava dall'intervento per la patologia sofferta dall'attore è stato ottenuto. È stata, cioè, praticata una decompressione.”*

I ctu hanno, infine, cura di replicare, punto per punto, agli addebiti mossi in atto di citazione, mediante specifico richiamo ai capi ove tali doglianze sono prospettate: *“Da quando risulta in cartella l'intervento è stato effettuato secondo criteri corretti, ossia lo svuotamento dello spazio discale e la rimozione degli osteofiti. Per quanto riguarda il punto 13, è stato, di fatto, praticato un intervento di decompressione: la discectomia è un intervento di compressivo mirante all'asportazione dell'ernia e quindi alla riduzione del contatto sul midollo. Solo con la discectomia si riescono a rimuovere eventuali osteofiti allargando ulteriormente lo spazio midollare e radicolare. L'inserzione di materiale protesico la “gabbietta” è opzionale, anche se spesso praticata al termine della discectomia. Al punto 14 viene fatto notare che la semplice discectomia “... ha determinato la perdita del cuscinetto ammortizzatore...”* Ciò è semplicemente inevitabile ed il nome stesso “discectomia” indica che il disco deve essere asportato. Anche avendo interposto una “gabbietta” si sarebbe arrivati ad una fusione. Lo scopo della “gabbietta” o protesi intersomatica è quello di favorire il processo di fusione non di evitarla. La fusione, in questo caso è stata ottenuta con la semplice discectomia. Al punto 15, è possibile ipotizzare, ma opinabile, che una gabbietta avrebbe potuto produrre un allargamento più evidente del forame di coniugazione e quindi una minore pressione sulla radice nervosa. Di fatto è possibile che la persistenza del dolore anche quando la “gabbietta” sia stata sistematicamente impiantata. Al punto 16 l'argomento sembra inconsistente, in quanto tuttora la sistemazione di una protesi discale mobile è oggetto di controversia e spesso porta comunque ad una “fusione”. In ogni caso non è indicata in caso di pregresso trauma e di presenza di osteofiti. Al punto 17 c'è da notare come non sia affatto comprovato un maggior rischio di peggioramento delle condizioni anatomico-funzionali in assenza dell'impianto della “gabbietta”. La funzionalità anatomico-funzionale



era stata peraltro già compromessa dal trauma. Al punto 18, viene fatto notare che la “discectomia e rimozione in frammenti di ernia mediana e paramediana sinistra” indichi la mancata artrodesi e la mancata rimozione degli osteofiti. In realtà il termine artrodesi deriva dal greco ed indica appunto un accostamento osseo al fine di consentire il bloccaggio ed una fusione. Quindi la fusione può essere ottenuta senza l'interposizione di protesi, in altri termini per ottenere artrodesi e quindi la fusione non è necessaria l'interposizione di una “gabbietta”. C'è poi da notare che la rimozione degli osteofiti avviene appunto attraverso una discectomia. Per quanto si sia attenti, non è detto che la rimozione degli osteofiti sia completa. Peraltro, non è sempre necessaria. Al punto 20, viene fatto notare che l'intervento eseguito è diverso da quello specificato nel consenso informato, cosa che non risulta dalla lettura del consenso informato sottoscritto dove si specifica “l'eventuale” utilizzo di una gabbietta. In ogni caso la semplice discectomia non rappresenta affatto un intervento inadeguato in quanto la discectomia è il momento fondamentale dell'intervento attraverso cui si realizza la decompressione del tessuto nervoso.

I ctu forniscono altresì una spiegazione alternativa dell'attuale quadro di sofferenza neurologica patito dall'attore: “una persistenza del dolore è possibile è prevista dalla letteratura ed osservabile nella pratica clinica e chirurgica. Un risultato incompleto o mancato risultato non è prevedibile. Rientra nella categoria complessiva indicata con il termine anglosassone di “failure” e si verifica indipendentemente dagli esecutori dell'intervento. La persistenza del dolore è legata alle caratteristiche biologiche del paziente e genericamente alle circostanze operatorie, per cause difficilmente identificabili, fatta salva la possibilità di errori chirurgici. In questo caso specifico c'è un danno midollare identificabile e presente prima dell'intervento per il quale si sono sviluppati i deficit e la sofferenza del paziente. Si tratta dell'alterazione di segnale midollare difficilmente reversibile anche con un intervento perfetto.

All'esito di tale percorso argomentativo, i ctu rassegnano le seguenti conclusioni: “Per quanto fortunato questo caso non può essere imputato ad alcuna deficienza assistenziale ed operativa; piuttosto va inquadrato come emblematico dei limiti ancora presenti nelle capacità curative e riparative della scienza medica. Ci sono infatti lesioni (il danno midollare verificatosi probabilmente con il tuffo in mare) non reversibili. Da un altro punto di vista la persistenza del dolore e dei sintomi osservati prima dell'intervento ricadono in quella percentuale statistica accettata dagli standard internazionali per i quali difficilmente viene trovata una spiegazione. In definitiva la “mancata guarigione” in questo caso non può essere imputata a colpe del personale e delle strutture sanitarie. Quanto alla fusione o artrodesi, cui spesso l'attore fa riferimento, questa è stata comunque ottenuta rimuovendo il disco, dal momento che non si rilevano segni di instabilità vertebrale.

I ctu hanno, altresì, cura di fornire una puntuale ed articolata risposta alle osservazioni critiche inoltrate dai ctp di parte attrice, dottori F. T. e dottor P. C., argomentazioni che si intendono in tale sede specificamente richiamate in quanto caratterizzate da rigore scientifico ed intrinseca incoerenza; ciò dicasi in particolare avuto riguardo alla contestata mancata interposizione del “cage” ed agli specifici riferimenti scientifici e bibliografici da cui emergerebbe l'inconsistenza dell'addebito ovvero la sua irrilevanza, sul piano causale, rispetto al quadro patologico residuo in capo all'attore.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra e delle risultanze della ctu deve ritenersi non solo che non siano configurabili condotte censurabili in capo ai sanitari della convenuta A.O.U. F. ma finanche l'assenza di rilevanza sul piano causale dei paventati errori nella scelta del tipo di intervento da porre in essere rispetto al quadro patologico dall'attore qualificato come di origine “iatrogena” e che i ctu riconducono, invece, all'evento lesivo che determinò la necessità dell'intervento chirurgico posto in essere. Da ciò la conclusione che non siano ravvisabili elementi di responsabilità in capo agli specialisti che effettuarono l'intervento chirurgico del 4 ottobre 2005 e ciò “sia perché, tenuto conto delle conoscenze scientifiche dell'epoca, l'uso della gabbietta (o cage) non era da considerare ausilio indispensabile, sia perché il risultato clinico definitivo non è stato influenzato dalla strategia chirurgica.”

(cfr. conclusioni dei ctu nella risposta alle osservazioni cliniche dei ctp.)

Va pertanto confermata la statuizione di rigetto già espressa.

Le spese di lite tra l'attore e le convenute strutture sanitarie seguono la soccombenza del primo e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.  
(Omissis)

Nota a sentenza

### sommario

Premessa. – 1. La vicenda. – 2. La cornice normativa di riferimento. – 3. Dalla responsabilità del medico alla responsabilità della struttura sanitaria. – 4. Il nesso di causalità. – 5. La colpa medica. – 6. Informazione e consenso. – 7. La decisione. – 8. Conclusioni.

### Premessa

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Napoli, VIII sez. civile, sulla scorta della Giurisprudenza di Cassazione, si è pronunciato in ordine alla natura contrattuale della responsabilità del medico nei confronti del paziente, per danni derivanti dall'esercizio di attività aventi carattere sanitario. In capo al paziente è posto l'onere di dedurre inadempienze qualificate che

siano idonee a porsi come causa o concausa del danno. Al debitore convenuto spetta, invece, l'onere di dimostrare o che non possa essere mosso, nei suoi riguardi, alcun rimprovero di negligenza, imprudenza o imperizia, o che, seppur vi sia stato un inesatto adempimento della prestazione, ciò non abbia avuto incidenza causale sulla produzione del danno.

### 1. La vicenda

Il giudizio instaurato con atto di citazione, notificato in data 16.06.2010, ove il sig. D.C.V. asseriva di aver subito un danno iatrogeno a seguito di intervento di discectomia C5-C6 a cui era stato sottoposto presso l'A.O.U. F., convenuta nel giudizio *de quo*.

Parte attrice, dopo essere stata sottoposta ad intervento chirurgico presso l'A.O.U. F., lamentava un aggravamento anatomo-fisio-patologico ed imputava tale condizione di fatto ad un inesatto adempimento della prestazione medico-sanitaria da parte dei Curanti. In particolare, il D. C. V. sosteneva che l'intervento avrebbe dovuto essere eseguito, come da consenso informato, con l'interposizione di una "gabbietta" tra i corpi vertebrali, la quale, però, non era stata applicata, provocando una fusione ossea, con conseguente compromissione della funzionalità del rachide ed alta probabilità di consequenziali neuropatie. Si costituiva in giudizio l'A.O.U. F., chiedendo il rigetto della domanda attorea, in quanto infondata in fatto ed in diritto. La convenuta A.O.U. F., in particolare, evidenziava l'impossibilità di far dipendere da una scelta chirurgica, da effettuarsi caso per caso al momento dell'intervento, quale quella di applicare o meno la "gabbietta", l'insorgere di responsabilità medica per inesatto adempimento della prestazione. Sottolineava, tra l'altro, come quella dell'inserimento della "gabbietta" fosse stata prospettata sin dal principio alla paziente, come mera possibilità, o meglio, opzione, che il chirurgo avrebbe scelto o meno in base alla situazione clinica del paziente.

Veniva citata in giudizio, inoltre, anche l'ASL N. che costituendosi eccepiva il difetto di legittimazione passiva, dal momento che il paziente aveva svolto il suo percorso terapeutico interamente presso l'altra struttura sanitaria convenuta.

### 2. La cornice normativa di riferimento

Il diritto alla salute è un ambito assai vasto che offre continui spunti di riflessione. Una serie di profili problematici emergono già dalla lettura dell'art. 32 Cost. In particolare, è possibile parlare di "diritto alla salute" in una triplice accezione: 1) come forma di tutela negativa contro interventi esterni; 2) come diritto degli incapaci e delle altre categorie similari come aspettativa tutelata nei confronti dei soggetti obbligati per legge; 3) come oggetto del rapporto che si instaura tra paziente e professionista nell'ambito del rapporto terapeutico. Il profilo specifico della responsabilità per

i danni conseguenti all'atto medico costituisce un elemento di verifica delle scelte legislative in materia di organizzazione istituzionale della tutela della salute<sup>1</sup>. Dottrina e giurisprudenza si sono, a lungo, interrogate circa la natura della responsabilità in esame. A fronte della consueta bipartizione tra responsabilità "contrattuale" ed "extracontrattuale", si è cercato di sviluppare un terzo genere di responsabilità, denominata "da contatto sociale", che si inquadra pur sempre nell'ambito contrattuale, anche se ha origine da un altro tipo di rapporto. Col termine "contatto sociale" si intende il rapporto che si instaura tra due soggetti – nel caso di specie, paziente e professionista medico – in virtù non di un accordo tra le parti, ma di un obbligo legale e della posizione di garanzia ricoperta da uno dei due soggetti, *i. e.* il medico, nei confronti della controparte.

Comprendere la natura della responsabilità medica si rivela fondamentale, in quanto, in base ad essa sarà possibile applicare l'art. 1218 c.c. oppure l'art. 2043 c.c. Ciò ha significativi risvolti in tema di onere probatorio e di prescrizione. Infatti, in caso di responsabilità di tipo contrattuale, il creditore può limitarsi alla mera allegazione del fatto costitutivo posto a fondamento della propria pretesa e spetta al debitore provare d'aver adempiuto o che l'inadempimento non è a lui imputabile. Al contrario, qualora la responsabilità fosse di natura extracontrattuale, danneggiato – creditore della pretesa risarcitoria – dovrebbe provare i fatti costitutivi della propria domanda, nonché la colpa del danneggiante ed il nesso causale tra la condotta di quest'ultimo ed il danno arrecatogli, con notevole alleggerimento del carico probatorio in favore del danneggiante/debitore. Bisogna, inoltre, tener presente, che la natura della responsabilità medica incide anche sul termine prescrizione, che è quinquennale in caso di responsabilità aquiliana e decennale per quella contrattuale.

### 3. Dalla responsabilità del medico alla responsabilità della struttura sanitaria

Con riguardo alla responsabilità della struttura sanitaria, la sentenza in commento afferma: "... si è in presenza di un contratto atipico a prestazioni corrispettive (cosiddetto contratto di ospitalità) ...". Il contratto in questione si perfeziona al momento dell'accettazione del paziente presso la struttura e dallo stesso derivano una serie di obbligazioni per la struttura, quali, ad esempio, la messa a disposizione del personale medico e l'apprestamento delle attrezzature necessarie a far fronte a tutti i tipi di emergenza. In capo al paziente, invece, dal contratto di ospitalità discende l'obbligo di pagare il corrispettivo. Come sottolineato dalla Suprema Corte, la prestazione della struttura sanitaria non si esaurisce nella mera fornitura di presta-

<sup>1</sup> ALEO S., DE MATTEIS R., VECCHIO G., *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, p. 64.

zioni di natura alberghiera, quali la somministrazione di vitto e alloggio, ma consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico, nonché nell'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie<sup>2</sup>.

Fondamentale ai fini della tematica in esame si rivela l'art. 3 del decreto legge 13.09.2012 n. 158 (convertito con modificazioni dalla L. 8 novembre 2012, n. 189) c.d. "Decreto Balduzzi", che pone l'attenzione sulle strutture sanitarie, con particolare riferimento al controllo dei rischi sanitari. L'art. 3 bis del summenzionato decreto è dedicato alle strutture sanitarie, in una prospettiva di gestione dei rischi. Autorevole dottrina sottolinea che la responsabilità sanitaria nasce e si afferma come responsabilità professionale del medico, ma nell'evoluzione giurisprudenziale è stata declinata come responsabilità sanitaria di medici e strutture e all'insegna di un modello unitario di disciplina delle responsabilità, indifferentemente riferibile ad entrambi, dando luogo alla creazione – da parte dei giudici – di regole di responsabilità, modellate sull'atto medico, ma impiegate per decidere in ordine alla responsabilità solidale di medici e strutture<sup>3</sup>.

In una fase iniziale dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, il contratto concluso dal paziente con la struttura sanitaria veniva inquadrato nell'ambito dell'art. 2236, ossia come un contratto d'opera professionale, a fronte di una responsabilità attribuibile al medico, ma anche all'ente stesso dal quale il medico dipendesse. In un secondo momento, con l'elaborazione della teoria della "responsabilità da contatto sociale", per violazione di obblighi di protezione, muta anche l'ottica in cui viene letta la responsabilità della struttura sanitaria. Si passa, quindi, ad una concezione dinamica di struttura ospedaliera, che coniuga il profilo assistenziale e terapeutico ad un aspetto di tipo organizzativo inerente l'erogazione del servizio. Corrispondentemente a questa evoluzione, la Giurisprudenza ha iniziato a qualificare il contratto che il paziente stipula con l'azienda ospedaliera non più come un contratto d'opera professionale, ma come un contratto atipico denominato "di assistenza sanitaria", fondato non sulla prestazione del singolo operatore quanto sulla complessiva attività svolta dalla struttura ed al suo interno. In particolare, con sentenza del 3 febbraio 2012, n. 1620, la Suprema Corte ha ribadito che "la struttura deve fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori". Pertanto, la responsabilità dell'azienda ospedaliera va ricondotta ad autonomo contratto, che la Corte definisce, per l'appunto, contratto di "spedalità."

<sup>2</sup> Cass. civ., sezioni unite, 1° luglio 2002, n. 9556.

<sup>3</sup> ALEO S., DE MATTEIS R., VECCHIO G., *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, pp. 136-137.

#### 4. Il nesso di causalità

Con riguardo al profilo del nesso causale occorre sottolineare la grande evoluzione negli orientamenti giurisprudenziali in materia di responsabilità medica. Per lungo tempo la Cassazione ha ritenuto che, ai fini della sussistenza del nesso causale, fossero necessarie delle apprezzabili probabilità di successo del comportamento omesso, ma dovuto, da parte del medico, ad una lettura più garantista. Lo spartiacque tra le due concezioni del nesso causale in ambito di *medical malpractice* è segnato dalla sentenza "Franzese" della Suprema Corte del 10.07.2002, la quale afferma che la prova del nesso causale dev'essere raggiunta in termini di certezza processuale, "oltre ogni ragionevole dubbio." In sostanza, bisogna dimostrare in modo certo che, se il medico avesse tenuto un comportamento corretto, il paziente si sarebbe salvato o comunque non avrebbe subito il danno iatrogeno, in concreto, verificatosi. Per arrivare a tale risultato probatorio, il giudice dovrà attingere alle c.d. "leggi scientifiche di copertura", ossia l'insieme degli studi, ricerche e sperimentazioni eseguite in medicina sul fenomeno medico oggetto di giudizio, opportunamente confrontate con le circostanze del caso concreto ed anche la prova logica, secondo i criteri probatori normalmente utilizzati in ambito processualpenalistico.

Il nesso causale sarà ritenuto sussistente soltanto quando, esclusa la riconducibilità dell'evento lesivo ad un decorso causale alternativo, sia possibile affermare in termini di elevata credibilità razionale ed alta probabilità logica che la condotta omissiva del medico ha provocato l'evento pregiudizievole subito dal paziente. D'altro canto, la sentenza Franzese ha espressamente escluso che si possa pervenire ad individuare uno strumento che consenta di tradurre in termini automatici il dato statistico all'interno di giudizio, in particolare, nel punto in cui afferma che: "non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi dell'esistenza del nesso causale<sup>4</sup>".

Al contrario, bisognerà ricorrere agli istituti processuali grazie ai quali il giudice possa arrivare alla conoscenza dei fatti naturali, c.d. "verità processuale." Ad analoghe conclusioni è pervenuta la Suprema Corte in successive pronunce, affermando che "lo standard di certezza probabilistica in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa – statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere in conferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto. Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità

<sup>4</sup> Cass. pen., sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328.

dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma<sup>5</sup>”.

La Cassazione civile ha accolto il criterio secondo cui, nell'ambito della responsabilità civile, il nesso di causalità deve essere accertato secondo la regola del “più probabile che non”. Infatti, la differenza rispetto al processo penale ove vige la regola probatoria “oltre ogni ragionevole dubbio”, come esposto nella succitata sentenza Franzese, è che in ambito processualcivile vi è un'equivalenza dei valori in gioco tra le due parti contendenti. Questo modello di responsabilità incontra dei limiti, con riferimento al caso in cui vi sia un “decorso causale anomalo”. A tal proposito, la dottrina ha proposto un ulteriore modello di nesso di causalità noto come criterio della responsabilità “stocastica.” Quest'ultima prende le mosse dal diritto nordamericano e la sua ipotesi più nota è quella della c.d. *market share liability*, ossia in caso di responsabilità per danno da sostanze dannose contenute dai prodotti fabbricati da soggetti diversi, ogni produttore è tenuto a risarcire il danno in proporzione alla quota di mercato del prodotto che egli deteneva al momento dell'incidente. Il maggiore vantaggio di tale criterio è consentire una valutazione oggettiva che assicuri un elevato grado di prevedibilità della decisione. Tuttavia, la dottrina sottolinea che questo criterio potrebbe dar luogo a comportamenti opportunistici da parte dei potenziali danneggiati, i quali potrebbero essere indotti a non sostenere i costi per la prevenzione degli incidenti, se la responsabilità è imputata a titolo oggettivo. Inoltre, il danneggiato, si troverebbe nella situazione svantaggiosa di dover convenire in giudizio tutti i potenziali danneggiati per ottenere il risarcimento integrale.

## 5. La colpa medica

Il medico è colposamente inadempiente per imprudenza, imperizia e negligenza – si parla in tal caso di colpa generica – oppure quando non ottempera a leggi, regolamenti, ordini o discipline – colpa specifica. – Le regole di diligenza e prudenza non assumono particolari o diverse connotazioni nell'ambito della colpa professionale, ma sono valutabili alla luce della specifica attività esercitata, tenuto anche conto delle condizioni di fatto che si presentino al momento dell'intervento.

La negligenza si sostanzia in un comportamento improntato a trascuratezza, disattenzione, inadeguata preparazione. In questo caso, il medico risponderà anche solo per colpa lieve in sede civile.

La diligenza esigibile dal medico andrà apprezzata in concreto, anche in virtù delle strutture tecniche a sua disposizione. E' pur vero, però, che eventuali carenze della struttura ospedaliera ove il medico presta la propria opera professionale non lo esentano da responsabilità automaticamente, in quanto quest'ultimo

dovrà, in ogni caso, adottare tutte le misure necessarie ad ovviare tali carenze.

L'imperizia si sostanzia nella mancanza di adeguata preparazione scientifica ed opportune cognizioni nella materia oggetto della propria opera professionale, ovvero nel cattivo uso di mezzi, strumenti e tecniche del settore.

La colpa può essere graduata e si distingue in colpa lieve e colpa grave. Questa distinzione si ricava dall'art. 133 c.p. che commisura la pena al grado della colpa; la gradualità si desume anche dall'art. 43 c.p. in materia di elemento soggettivo del reato. In virtù della posizione di garanzia che il medico ricopre rispetto al bene della salute del paziente, si ritiene sufficiente, per l'insorgere di responsabilità a suo carico, l'instaurazione di una relazione terapeutica tra quest'ultimo e il paziente.

Ai fini di un'esauriente trattazione della tematica in esame occorre far menzione a quell'art. 3, comma 1, del decreto legge 158/2012 c.d. Decreto Balduzzi, il quale dispone che “L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile.” La dottrina e la giurisprudenza qualificano la colpa medica secondo un paradigma comune che prescinde dal definire esattamente la natura della responsabilità del medico. Infatti, il criterio di imputazione soggettivo della responsabilità del sanitario viene, aprioristicamente, valutato in base al combinato disposto degli artt. 1176 e 2236 c.c. Il primo, come rilevato da autorevole dottrina, è ritenuto essere “il criterio sul quale misurare il comportamento di qualunque soggetto che si assume in colpa, in quanto l'elasticità di questo principio garantisce effettività al sistema nei diversi settori, tanto in quello contrattuale, quanto in quello aquiliano<sup>6</sup>”. L'art. 2236 è dettato per il contratto di prestazione d'opera ed è applicata sia da chi ritiene la responsabilità medica di natura contrattuale che dai fautori della tesi opposta. Secondo una lettura combinata delle due norme, l'operato del medico andrebbe valutato alla luce della natura dell'attività esercitata, ma se la prestazione richiede la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non per dolo o colpa grave.

Accogliendo la tesi esposta nella pronuncia in commento, occorre rilevare che la Giurisprudenza, fino ad alcuni anni fa, era costante nel ritenere che la prestazione del medico dovesse essere inquadrata nelle obbligazioni di mezzi; tale categoria si caratterizza per il fatto che la prova liberatoria del debitore consiste nel dimostrare di aver eseguito diligentemente la presta-

<sup>5</sup> Cass. civ., 11 gennaio 2008, n. 581.

<sup>6</sup> ALEO S., DE MATTEIS R., VECCHIO G., *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, p. 345.

zione, senza dover provare lo specifico evento impeditivo del prodursi degli effetti voluti. Sostanzialmente, secondo tale impostazione, se il paziente allega il peggioramento delle condizioni di salute a fondamento della propria pretesa risarcitoria, spetterà al medico, per liberarsi dalla responsabilità, dimostrare di avere adottato tutta la diligenza di tipo qualificato richiesta alla luce del caso di specie. Le circostanze *de qua*, se particolarmente complesse, giustificheranno l'errore dipendente dalla lieve imperizia. Fondamentale, ai fini della trattazione che segue, si rivelano le recenti pronunce della Cassazione sull'argomento. In particolare, la Suprema Corte, nel tentativo di esplicitare in modo chiaro quale sia il riparto probatorio posto a carico del medico e del paziente, afferma che non è sufficiente la mera allegazione dell'inadempimento, da parte del paziente/creditore, bensì è necessaria la deduzione, da parte di quest'ultimo dell'esistenza di una inadempienza astrattamente efficiente alla produzione del danno ed il medico dovrà provare di non aver tenuto una condotta colposa, oppure che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno<sup>7</sup>.

## 6. Informazione e consenso

“La pratica del consenso informato costituisce il mezzo per far acquisire al paziente consapevolezza della propria condizione, per renderlo partecipe del processo terapeutico, protagonista attivo di esso. Egli deve essere messo in grado di comprendere non solo la diagnosi e la prognosi, ma anche i rischi e le conseguenze cui va incontro; deve anche sapere come la malattia e la cura incideranno sulla sua vita e su quella delle persone che gli vivono accanto.”<sup>8</sup> L'art. 33 del Codice di Deontologia medica afferma che il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, la prognosi ed eventuali alternative terapeutiche, nonché sulle possibili conseguenze delle scelte operate.

In quest'ottica, il cd. consenso informato è stato a tal fine “normativizzato” da ultimo nell'art. 31 nel nuovo codice di deontologia medica. È pur vero che il codice deontologico non costituisce atto legislativo. Tuttavia, è chiaro che il Giudice, nel valutare il comportamento del medico, ne apprezzerà la rispondenza anche al codice deontologico. Tanto più che una tale codificazione del principio in discussione è intervenuta nell'ambito di una nutrita Giurisprudenza che ha imperniato proprio sulla corretta informazione del paziente e sul suo previo consenso la liceità dell'intervento medico.

In Italia, a differenza che negli altri Paesi, non esi-

ste una disciplina generale della relazione terapeutica. Il principio del consenso si rinviene in diverse leggi speciali. La Corte Costituzionale si è pronunciata in materia affermando che il consenso informato trova il suo fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, basandosi su due diritti fondamentali della persona, ossia quello all'autodeterminazione e quello alla salute.

“L'obbligo dello Stato e delle sue istituzioni di mantenere al centro la dimensione della persona umana nella sua concreta esistenza”, si rivela infatti fondamentale per la tutela della dignità umana, posta a presidio del catalogo dei diritti fondamentali e senza la quale “tali diritti potrebbero essere suscettibili di essere soggetti a limiti da svilire ogni loro incisività.”<sup>9</sup> Il principio del consenso attiene ad ogni trattamento sanitario, anche non terapeutico.

Il trattamento coattivo, invece, è ammissibile solo in presenza di una disposizione di legge in tal senso e l'ordine dell'autorità giudiziaria, comunque mai per la tutela della salute individuale, a solo nell'interesse generale. La *ratio* della necessità del consenso informato si comprende soltanto correlando tale concetto con quello di diritto alla salute. L'Organizzazione Mondiale della Sanità la definisce come “stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solamente come assenza di malattia o infermità”.

La tutela della salute è inscindibile rispetto alla tutela della dignità umana e della identità della persona. Il rapporto medico-paziente, è improntato a tale connessione, pertanto, la scelta terapeutica non può essere fatta solo dal professionista sanitario ma è “il risultato di un processo dialettico tra medico e paziente. Da questo punto di vista il consenso informato costituisce il modo in cui il paziente esercita il suo diritto alla salute nel rapporto col medico, il quale ha le competenze per (e le responsabilità di) formulare la proposta terapeutica “appropriata”<sup>10</sup>.

L'elaborazione del principio del consenso informato in ambito medico sanitario ha potuto beneficiare del significativo apporto della Corte europea dei diritti dell'Uomo, la quale si è, in più riprese, pronunciata sulla tematica. In particolare, anche se “il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale,” secondo la Corte EDU: “l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, se è un adulto e sano di mente costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art. 8 par. 1 della Convenzione”<sup>11</sup>. In altre occasioni, la Corte ha avuto modo di richiamare gli articoli 2 e 3 della Convenzione, ossia

<sup>9</sup> Corte Cost., 23 dicembre 2008 n. 438.

<sup>10</sup> ALEO S., DE MATTEIS R., VECCHIO G., *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, p.388.

<sup>11</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Pretty vs. UK, 29 aprile 2002.

<sup>7</sup> Cass., 12 dicembre 2013, n. 27855.

<sup>8</sup> V.P. ZATTI, *Il processo del consenso informato*, in *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e del consumatore*, a cura di L. Klesta Dosi, Padova, 2000, p. 214 e ss.

il diritto alla vita ed il divieto di tortura e trattamenti disumani. “La Corte rammenta, innanzitutto, che gli articoli 2 e 3 della Convenzione tutelano alcuni aspetti dell’integrità fisica e sono fonte di obblighi positivi per le Parti contraenti. L’imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, se adulto e sano di spirito o di colui che ne è autore se incapace giuridicamente è ricondotta ad un’offesa all’integrità fisica dell’interessato che può compromettere in particolare i diritti protetti dalle disposizioni invocate dai ricorrenti<sup>12</sup>”.

Il medico, quindi, non solo non può agire senza il consenso del paziente, ma deve arrestarsi dinanzi al dissenso. Infatti, come ribadito anche dalla Suprema Corte nello storico caso Englaro: “Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla<sup>13</sup>”.

Il consenso deve essere libero e informato, nonché reale, effettivo e partecipato e può essere revocato in qualunque momento. In caso di intervento senza consenso il medico può andare incontro a richieste di risarcimento del danno e, in determinati casi, è soggetto a responsabilità penale.

Per poter esprimere una scelta consapevole il paziente deve avere una piena conoscenza della natura dell’intervento medico e dei suoi rischi. Il trattamento proposto deve essere raffrontato con le possibili alternative: non è sufficiente un’informazione generica. L’informazione, più che attenersi agli aspetti tecnici dell’intervento, deve riguardare le conseguenze e le eventuali complicanze e deve essere adeguata alla possibilità di comprensione del paziente. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che l’onere della prova relativa all’informazione del paziente gravi sul medico e sulla struttura. Il paziente deve provare, invece, che le sue condizioni di salute siano peggiorate a seguito dell’intervento. A quel punto, il sanitario dovrà dimostrare di aver eseguito correttamente la prestazione, anche per quanto concerne gli obblighi di informazione a suo carico.

## 7. La decisione

Come evidenziato nella ricostruzione dogmatica della responsabilità medica, al fine di giungere ad

una decisione di merito, il Giudice ha dovuto, in via preliminare, dichiarare l’inammissibilità della domanda come proposta nei confronti della convenuta Asl Nap., per difetto di legittimazione passiva. Parte attrice, infatti, non aveva prospettato in alcun modo delle circostanze tali da consentire di rinvenire una responsabilità in capo alla summenzionata struttura sanitaria, dal momento che l’intero percorso clinico e terapeutico era stato seguito dai sanitari dell’A.O.U. F. Con riguardo, invece, alle domande proposte nei confronti di quest’ultima struttura ospedaliera, il Giudice, in primo luogo, si è posto il problema di inquadrare la controversia nell’ambito della responsabilità medica e/o delle strutture sanitarie.

Richiamando l’autorevole giurisprudenza di Cassazione, il Magistrato ha provveduto ad esporre una serie di criteri di cui, ormai, “non si può non tener conto nell’esaminare controversie in materia di responsabilità medica.” In particolare, si afferma l’irrelevanza della natura pubblica o privata della struttura sanitaria in cui il paziente era ricoverato, ai fini della natura della responsabilità in esame. Infatti, la Suprema Corte ha sottolineato che, sia la struttura sanitaria che il medico dipendente dalla stessa incorrono in una responsabilità di tipo contrattuale, la quale, però, ha origine non da un contratto vero e proprio, bensì dal c.d. “contatto sociale.”

Con specifico riferimento alla struttura sanitaria, viene rimarcata la natura del contratto c.d. “di ospitalità” intercorrente tra quest’ultima ed il paziente, con tutte le conseguenze e gli obblighi che ne derivano. Pertanto, la struttura è certamente tenuta a rispondere per via contrattuale delle obbligazioni direttamente poste a proprio carico, ma anche dell’opera dei propri dipendenti. A tal proposito, sottolinea la Suprema Corte, che non rileva la circostanza per cui il medico che eseguì l’intervento chirurgico fosse o meno inquadrato nell’organizzazione aziendale dell’ospedale, né che lo stesso fosse stato scelto dal paziente o fosse di sua fiducia.

Alla luce delle esposte premesse è possibile comprendere la successiva evoluzione giurisprudenziale della Corte di Cassazione, richiamata nella sentenza in commento. Infatti, il Giudice di legittimità afferma che il riparto dell’onere della prova inerente la responsabilità contrattuale si applica anche nel caso di *medical malpractice*, ma con una differenza: considerando superata la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, l’allegazione del paziente/creditore non può limitarsi ad un qualsiasi inadempimento, bensì deve riguardare un inadempimento c.d. qualificato, idoneo a costituire causa astrattamente efficiente della produzione del danno. Facendo applicazione di tali principi al caso di specie, il Giudice del Tribunale di Napoli è arrivato alla condivisibile conclusione che, “pur avendo l’attore assolto all’onere di allegazione dell’inesatto adempimento sullo stesso gravante (ina-

<sup>12</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Rossi ct. Italia, 16 dicembre 2008.

<sup>13</sup> Cass. civ., 16 ottobre 2007 n. 21748 con cui la causa “Englaro” viene rinviata a diversa Sezione della Corte d’Appello di Milano. Sul punto, vedansi anche (e per tutte) Cass. civ., sez. unite, 13 dicembre 2008, n. 27145, che definitivamente pronunciando sulla *vexata quaestio* del “fine vita” dichiara inammissibile il ricorso del P.G. di Milano, tal per cui diviene esecutivo il decreto emesso dalla Corte d’appello milanese (9 luglio 2008), con cui il Collegio ha autorizzato a disporre l’interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale di Eluana Englaro, realizzato mediante alimentazione con sondino nasogastrico.

dempimenti consistenti nell'esecuzione di una tipologia di intervento diversa da quella indicata nel caso di specie [...] è difettata la prova dell'esistenza di un nesso di causalità tra le condotte, commissive e/o omissive indicate in citazione ed imputate ai sanitari della convenuta ed il paventato danno iatrogeno". A tal proposito, a nulla valgono le asserzioni di parte attrice secondo cui l'intervento subito sarebbe diverso da quello prospettato in sede di consenso informato, per la mera mancata applicazione del "cage". Infatti, emerge chiaro, dalla consulenza tecnica – richiamata nella sentenza in esame – che l'applicazione di un "cage" fosse stata, sin dal principio, prospettata al paziente come possibilità, da valutarsi, a discrezione del chirurgo, al momento dell'intervento, in base al quadro clinico del paziente. Inoltre, i ctu rilevano che "quello che ci si aspettava dall'intervento per la patologia sofferta dall'attore è stato ottenuto", dal momento che l'interposizione della "gabbietta" non è indispensabile per la buona riuscita dell'intervento di cui alla ricostruzione in fatto, seppur venga spesso utilizzata, nella pratica medica.

In virtù di tutte le considerazioni svolte, nonché delle risultanze della ctu, il Magistrato ha ritenuto che "non solo non siano configurabili condotte censurabili in capo ai sanitari della convenuta A.O.U. F., ma neanche l'assenza di rilevanza sul piano causale dei paventati errori nella scelta del tipo di intervento da porre in essere rispetto al quadro patologico, dall'attore qualificato come di origine iatrogena e che i ctu riconducono, invece, all'evento lesivo che determinò la necessità dell'intervento chirurgico posto in essere", con conseguente rigetto della pretesa attorea.

## 8. Conclusioni

Sulla scorta del percorso ermeneutico e dogmatico illustrato, la sentenza del Tribunale di Napoli in commento appare correttamente motivata e riprende, tra l'altro, il principio di diritto ampiamente condiviso dalla Suprema Corte "in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio" ove l'attore – paziente danneggiato – deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo, invece, a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato rilevante dal punto di vista eziologico.

Infatti, come già detto, i principi affermati dalla Suprema Corte, appaiono condivisibili proprio nella misura in cui risultano realizzare un giusto contemperamento degli opposti interessi di attore e convenuto, determinando una distribuzione degli oneri probatori conforme ai principi di vicinanza della prova e di di-

sponibilità dei fatti, senza gravare nessuna delle due parti processuali di oneri probatori che non siano assolvibili, ovvero che risultino eccessivi o penalizzanti per una delle parti.

## Rassegna di legittimità

### Appello proposto davanti a giudice incompetente – Inammissibilità dell'impugnazione – Esclusione – Translatio iudicii – Applicabilità

*L'appello proposto davanti ad un giudice diverso, per territorio o grado, da quello indicato dall'art. 341 c.p.c. non determina l'inammissibilità dell'impugnazione, ma è idoneo ad instaurare un valido rapporto processuale, suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della translatio iudicii.*

Cass. civ., sez. un., 14 settembre 2016, n. 18121, Pres. Rordorf, Est. Matera

### Concordato preventivo cd. "in bianco" – Audizione del debitore, ex art. 162, comma 2, Legge Fallimentare, prima della declaratoria di sua inammissibilità – Necessità – Limite

*La Suprema Corte ha affermato che, ove sia stata presentata una proposta di concordato cd. "in bianco", ex art. 161, comma 6, Legge Fallimentare, va rispettato l'obbligo di audizione del debitore, di cui all'art. 162, comma 2, Legge Fallimentare., per consentirgli di svolgere le proprie difese prima della pronuncia di inammissibilità, salvo che, inserendosi la proposta nell'ambito della procedura prefallimentare, egli sia stato comunque sentito in relazione alla proposta stessa ed abbia avuto la possibilità di difendersi.*

Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12957, Pres. Ragonesi, Est. Di Virgilio

### Fallimento – Società di fatto holding – Società occulta – Responsabilità da direzione abusiva – spendita del nome della società di fatto – Irrilevanza

*La Prima Sezione Civile della Corte, tornando ad occuparsi del fallimento della società di fatto "holding" e ribadendo principi già precedentemente affermati, ha, peraltro, ritenuto irrilevante il requisito della spendita del nome quando si tratti di società occulta e lo si verta in tema di responsabilità da direzione abusiva ex art. 2497 e segg. c.c.*

Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2016, n. 15346, Pres. Nappi, Est. Terrusi

### Procedimento civile – Notificazione a mezzo pec da parte della cancelleria – Ricevuta di avvenuta consegna – contestazione – Proposizione di querela di falso – Necessità – Esclusione

*La Sezione Prima Civile della Corte ha affermato il principio per il quale nelle notifiche telematiche a mezzo posta elettronica certificata, richieste dal cancelliere dell'ufficio giudiziario (nella specie, ai sensi dell'art. 15, comma 3, Legge Fallimentare), la ricevuta di avvenuta consegna generata automaticamente dal sistema informatico del gestore di posta elettronica certificata del destinatario costituisce prova dell'avvenuta consegna del messaggio nella sua casella, suscettibile di prova contraria a carico della parte che intende contestarne il contenuto senza necessità di proposizione di querela di falso.*

Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2016, n. 15035, Pres. Nappi, Est. Scalfaferrì

### Responsabilità del notaio – Richiesta d'iscrizione di delibera societaria invalida – Rilevanza disciplinare – Condizioni

*Il notaio che chieda l'iscrizione nel registro delle imprese di una delibera societaria invalida incorre in responsabilità disciplinare ex art. 138 bis della legge notarile anche se il vizio della delibera non ne determini nullità, bensì annullabilità, purché manifesta.*

Cass. civ., sez. II, 19 luglio 2016, n. 14766, Pres. Bucciantè, Est. Giusti

### Responsabilità precontrattuale – Natura extracontrattuale – Esclusione – Natura contrattuale da contatto sociale qualificato – Sussistenza – Conseguenze in tema di prescrizione

*La Prima Sezione Civile della Corte, rimeditando un proprio precedente indirizzo, ha ritenuto che la responsabilità precontrattuale (nella specie, della P.A.) non abbia natura extracontrattuale, ma debba correttamente inquadrarsi nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbli-*



*gazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., con conseguente applicazione del termine di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c.*

Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, Pres. Salvago, Est. Valilutti

**Sentenza – Doppia data di deposito e di pubblicazione – Decorrenza del termine "lungo" di impugnazione – Momento di conoscibilità – Accertamento – Necessità**

*Le Sezioni Unite, a soluzione di contrasto, hanno affermato che deposito e pubblicazione della sentenza coincidono e che, nel caso in cui tali momenti risultino impropriamente scissi mediante apposizione in calce alla sentenza stessa di due diverse date, ai fini della verifica della tempestività dell'impugnazione proposta nel termine "lungo", il giudice deve accertare il momento in cui la sentenza è divenuta conoscibile attraverso il deposito ufficiale in cancelleria e l'inserimento di essa nell'elenco cronologico delle sentenze con attribuzione del relativo numero identificativo.*

Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2016, n. 18659, Pres. Rordorf, Est. Di Iasi

## Rassegna di merito

### ATP: è inammissibile se finalizzato all'accertamento di usura ed anatocismo

*È inammissibile la richiesta di ATP, ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c., avente ad oggetto l'accertamento di crediti scaturenti da dedotti indebiti pagamenti effettuati in violazione di applicazione di interessi anatocistici e dei limiti massimi degli interessi convenzionali.*

*L'art. 696-bis c.p.c. presuppone che siano perfettamente individuabili ed incontrovertibili, già nella fase cautelare, i fatti generatori dell'obbligo di restituzione, laddove nella specie la determinazione della stessa estensione dell'indebitto è frutto di scelte giuridiche e di valutazione totalmente rimesse al Giudice di merito.*

Trib. Frosinone, 13 settembre 2016, Giud. L. Nocella

### Capitalizzazione trimestrale post 2000: valida con la sola pubblicazione dell'avviso della delibera CICR sulla Gazzetta Ufficiale

*L'art. 7 della delibera CICR 9.2.2000 ha reso legittima la capitalizzazione periodica degli interessi nei contratti in corso per cui non è necessaria una nuova espressa pattuizione, essendo sufficiente la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e la comunicazione alla clientela con l'invio degli estratti conto.*

*La domanda formulata con la memoria ex art. 183 sesto comma n. 1 c.p.c. di restituzione degli interessi ultralegali e delle commissioni di massimo scoperto fondata su un nuovo tema di indagine basato su situazioni giuridiche prima non prospettate comporta un significativo mutamento della causa petendi e non è una semplice emendatio benché contenuta nel complessivo importo già quantificato atteso che i tali fatti nuovi sono idonei e configurare una domanda nuova.*

App. Milano, 18 luglio 2016, Pres. Santosuosso, Rel. D'Anella

### Conto corrente di corrispondenza: valido ed efficace il contratto con firma del solo cliente

*I contratti bancari possono essere sottoscritti con atti separati e non vi alcuna norma che prevede l'obbligo della contemporanea presenza sul medesimo modulo della sottoscrizione contestuale sia del cliente che dell'istituto di credito, né temporale né materiale, poiché l'art. 117 T.U.B., come altre norme, richiedono solo che il contratto, con le sue condizioni, siano pattuite per iscritto.*

*È valido il contratto di conto corrente sottoscritto su modulo della banca ove vi sia la trascrizione della proposta della Banca con la sola firma del cliente.*

Trib. Padova, 04 agosto 2016, Giud. G. Bertola

### Mediazione obbligatoria: in tema di opposizione a d.l. l'onere verte sull'opponente

*In tema di opposizione a decreto ingiuntivo, l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione verte sulla parte opponente poiché l'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 deve essere interpretato in conformità alla sua "ratio" e, quindi, al principio della ragionevole durata del processo, sulla quale può incidere negativamente il giudizio di merito che l'opponente ha interesse ad introdurre.*

*La mancata partecipazione del debitore ingiunto alla procedura di mediazione avviata dal creditore – parte che non è tenuta per legge – nel corso del giudizio di opposizione comporta l'irregolarità della stessa procedura di mediazione, con conseguente improcedibilità dell'opposizione.*

Trib. Caltanissetta, 30 agosto 2016, Giud. G. A. A. Gilotta

### Mediazione: se l'istanza è generica, la domanda giudiziale è improcedibile

*Nelle controversie nascenti da contratti bancari, l'attore che eserciti l'azione di ripetizione delle somme in materia di rimborso oneri ha l'obbligo di avviare il procedimento di mediazione ex art. 5 d.lgs. 28/2010, a pena di improcedibilità.*

*Se l'istanza di mediazione è totalmente vaga e non corrisponde alle richieste di cui alla successiva citazione, l'azione è improcedibile.*

*Ove, infatti, l'attore nell'atto preliminare di mediazione si limita ad enunciare vagamente il proprio diritto ma non precisa il petitum, l'atto di citazione risulta difforme dalla preliminare richiesta, e ci si trova di fronte ad una domanda totalmente diversa, per cui la stessa è sfornita di procedibilità.*

G. di Pace Torre Annunziata, 28 settembre 2016, Giud. R. Ranieri

### **Opposizione a d.i.: il correntista-ingiunto deve muovere obiezioni specifiche e precise**

*In sede di opposizione a decreto ingiuntivo, ove la Banca opposta produca adeguata e congrua documentazione comprovante l'origine e la natura dei debiti contestati, l'opponente deve muovere obiezioni specifiche e precise contestazioni in ordine alle modalità di applicazione e determinazione degli interessi e degli altri costi imputati nei rapporti di conto corrente; in mancanza non può essere accolta l'istanza di consulenza tecnica contabile in quanto avrebbe finalità puramente esplorative.*

Trib. Roma, 22 giugno 2016, Giud. T. Marvasi

### **Oordine di esibizione: prescritto il diritto ad ottenere gli estratti conto oltre il decennio**

*Il diritto del cliente ad ottenere i documenti relativi ad operazioni di conto corrente effettuate oltre il decennio inizia a prescriversi dal momento in cui è decorso il termine entro il quale la banca avrebbe dovuto inviare l'estratto conto ma non ha adempiuto a tale onere.*

*Tale limitazione si applica anche ai rapporti sorti ante 1993.*

Trib. Napoli, 06 luglio 2016, Pres. D. Ragozini, Rel. E. P. Alinante

### **PCT: il deposito di un atto in un fascicolo non pertinente è affetto da nullità ex 156 c.p.c.**

*Il deposito telematico di un atto processuale in un fascicolo non pertinente è affetto da nullità perché mancante dei requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c.. Il deposito in cancelleria infatti ha la funzione di comunicare l'atto alla controparte oltre che al giudice. Questa funzione viene del tutto a mancare se l'atto non può essere reso accessibile nel pertinente fascicolo telematico perché indirizzata altrove.*

*La circostanza che il deposito del ricorso, tempestivamente effettuato, era stato rifiutato dal sistema soltanto per erroneità del registro di riferimento non rende l'iniziativa processuale immune dalla decadenza/inammissibilità. Se il deposito è nullo, non vale a far salvo il rispetto del termine la circostanza che la ricevuta di accettazione sia stata generata entro la fine del giorno di scadenza.*

Trib. Bologna, 04 luglio 2016, Pres. Florini, Rel. Salina

### **Pignoramento retribuzione: è sempre ammesso anche se inferiore al trattamento minimo vitale**

*La legge non stabilisce l'impignorabilità delle retribuzioni, né stabilisce un trattamento minimo vitale impignorabile per legge.*

*L'art. 545 c.p.c., a tutela del lavoratore, stabilisce soltanto la limitazione del pignoramento della retribuzione nella misura di un quinto del suo ammontare.*

Trib. Palermo, 16 agosto 2016, Giud. E. Mauceri

### **Prescrizione rimesse indebite: il correntista deve fornire la prova del carattere ripristinatorio**

*Quanto alla disciplina della prescrizione del diritto alla ripetizione di indebito, l'unitarietà del rapporto giuridico di conto corrente bancario non è di per sé elemento decisivo al fine dell'individuazione della chiusura del conto come momento di decorrenza del termine di prescrizione, stante la qualificabilità in via autonoma di ciascun singolo pagamento che si assume non dovuto, purché si tratti di pagamento e, pertanto, quando il versamento eseguito sul conto abbia natura solutoria (per la sua affluenza in mancanza o in eccedenza ad un'apertura di credito e pertanto su conto corrente c.d. "scoperto") e non meramente ripristinatoria della disponibilità (per essere avvenuto entro i limiti di un'apertura di credito che assiste il conto e cioè su conto corrente c.d. "passivo"); con la conseguenza, nel primo caso, di decorrenza del termine di prescrizione dalla data dell'addebito integrante pagamento e nel secondo (qualora tutti i versamenti eseguiti dal correntista abbiano avuto soltanto funzione ripristinatoria della provvista) da quella di chiusura del conto.*

*Nell'ipotesi in cui in un giudizio di ripetizione di indebito la Banca eccepisca l'intervenuta prescrizione del conto corrente assistito da apertura di credito, il correntista attore deve offrire la prova che tali versamenti abbiano carattere ripristinatorio e non solutorio, comportanti addebito di interessi passivi ed illegittima capitalizzazione degli stessi; in mancanza la domanda è prescritta.*

Trib. Torino, 27 giugno 2016, Giud. M. Giusta

### **Procedura esecutiva: per privilegio fondiario non è necessaria insinuazione al passivo fallimentare**

*Quando il fallito non è debitore ma solo terzo datore di ipoteca, ai fini del riconoscimento del privilegio fondiario,*

*il creditore banca non dovrà avvalersi della procedura di insinuazione al passivo fallimentare, non essendovi alcuna par condicio tra i creditori del fallito da salvaguardare, bensì potrà, per la realizzazione dei propri diritti in sede esecutiva, ricorrere alle modalità di cui agli artt. 602 e 604 c.p.c., in tema di espropriazione contro il terzo proprietario.*

Trib. S.M. Capua Vetere, 19 luglio 2016, Giud. M. R. Pupo

### **Reclamo ex art. 18 l.f.: l'imprenditore ha l'onere di dimostrare il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità**

*Lo stato di insolvenza che, in base al disposto dell'art. 5, comma 1, l.fall., costituisce il presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento e che consiste nello stato d'impotenza patrimoniale, non transitoria, al regolare adempimento delle proprie obbligazioni, giustifica di per sé la dichiarazione di fallimento anche se le cause che l'hanno determinato non sono imputabili all'imprenditore commerciale.*

*L'imprenditore commerciale ha l'onere di dimostrare il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità, depositando una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata ed i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi commerciali che costituiscono la base documentale imprescindibile che il debitore deve fornire onde sottrarsi alla dichiarazione di fallimento.*

App. Napoli, 20 luglio 2016, Pres. Rel. Lopiano

### **Ripetizione indebita: grava sul correntista l'onere di produrre in giudizio il contratto**

*Nelle azioni di ripetizione di indebita, non è possibile individuare con certezza il petitum ove l'attore ometta di produrre il contratto di apertura di credito e di conto corrente del quale chiede dichiararsi l'invalidità.*

*L'attore deve specificare, sin dall'atto introduttivo, a pena di nullità, l'oggetto della sua domanda, al fine di porre immediatamente il convenuto nelle condizioni di apprestare adeguate e puntuali difese.*

*Non è ammissibile supplire a tale onere attraverso la mera produzione di una perizia di parte, né attraverso un'istanza di consulenza tecnica d'ufficio, non essendo quest'ultima un mezzo di prova, ma strumento di valutazione di dati già acquisiti al processo.*

Trib. Bari, 29 agosto 2016, Giud. G. Grillo

### **Usura: gli interessi moratori non concorrono al calcolo del TEG**

*È pacifica l'esclusione degli interessi moratori dalle rilevazioni della Banca d'Italia, finalizzate al calcolo del TEG.*

*È inammissibile sostenere il carattere usurario di un mutuo in considerazione del calcolo dell'interesse moratorio sul montante rappresentato da capitale, interesse, corrispettivo e spese, operando la somma del tasso corrispettivo e di quello al moratorio, così addivenendo ad un tasso complessivo superiore al tasso soglia vigente al momento della pattuizione contrattuale.*

*Il carattere usurario del mutuo non può emergere dalla somma di interessi corrispettivi e moratori; infatti, interessi corrispettivi e moratori assolvono a funzioni differenti (i secondi, in particolare, hanno natura risarcitoria) e sono calcolati su diverse basi: i primi sull'intero ammortamento del mutuo, i secondi esclusivamente sulle rate scadute e non onorate.*

Trib. Lodi, 11 agosto 2016, Giud. F. Boniolo

### **Usura: la contestazione deve indicare in modo specifico in che termini è avvenuto il superamento**

*La contestazione concernente il superamento del tasso soglia relativo al periodo di riferimento è del tutto indeterminata ove l'attore si limiti a sollevare contestazioni meramente generiche deducendo l'illegittimità del tasso pattuito ed applicato dalla banca, omettendo di indicare in modo specifico in che termini sarebbe avvenuto tale superamento.*

*Una CTU contabile assumerebbe natura meramente esplorativa.*

*È inammissibile la richiesta ex art. 210 c.p.c. concernente tutta la documentazione contabile relativa al contratto, se la parte attrice non ha dato prova di essersi attivata, prima del giudizio, per procurarsi la documentazione contabile a sostegno dei propri assunti, ed a tale esigenza non può supplirsi con l'ordine di esibizione, il quale presuppone l'impossibilità di procurarsi in altro modo il documento richiesto.*

Trib. Napoli, 25 luglio 2016, Giud. F. Gomez De Ayala



## Diritto e procedura penale

LA NUOVA LEGGE IN TEMA DI OMICIDIO STRADALE E LESIONI PERSONALI STRADALI .....	918
di Goffredo Di Nota	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI .....	929
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	936
RASSEGNA DI MERITO .....	939



## La nuova legge in tema di omicidio stradale e lesioni personali stradali

### abstract

*The following contribution has the aim of providing a complete and detailed analysis of the new forms of offence relative to vehicular homicide and vehicular bodily injury, and of every other aspect of the related discipline through a systematic commentary of the new measures of law introduced through the law n. 41 of 23 march 2016. Finally, the text contains a series of considerations regarding the psychological element of these new crimes, analyzing some particularly controversial issues in the ambit of "responsibility on the road", offering the reader an insight into the coherence of the normative infrastructure predisposed by the reform.*

### keywords

*Murder road – road injury – Road crimes reform – Criminal law and road traffic – Road guilt.*

### abstract

*Il presente contributo si propone lo scopo di fornire una completa ed approfondita analisi delle nuove fattispecie di reato di omicidio stradale e lesioni personali stradali, nonché di ogni altro aspetto della relativa disciplina mediante un commento sistematico delle nuove disposizioni introdotte dalla legge 23 marzo 2016, n. 41.*

*Infine, il lavoro contiene alcune considerazioni sull'elemento psicologico dei nuovi reati, analizzando, in particolare, alcune questioni particolarmente dibattute e controverse in tema di "colpa stradale", anche al fine di fornire al lettore lo spunto per una riflessione circa la coerenza ed organicità dell'impianto normativo predisposto dal legislatore della riforma.*

### parole chiave

*Omicidio stradale – Lesioni personali stradali – Riforma reati stradali – Diritto penale e circolazione stradale – Colpa stradale.*

### sommario

**1.** Premessa. Le ragioni di politica criminale della riforma. – **2.** Omicidio stradale. – **3.** Lesioni personali stradali. – **4.** Rilevanza della fuga nei reati di omicidio e lesioni colpose stradali. – **5.** Il computo delle circostanze. – **6.** Disposizioni di coordinamento al codice penale. – **7.** Disposizioni di coordinamento al codice

di procedura penale. – **8.** Le modifiche al codice della strada. – **9.** Riflessioni in tema di colpa stradale.

### 1. Premessa. Le ragioni di politica criminale della riforma

Nel corso degli ultimi anni si è assistito ad un notevole e preoccupante incremento dei fenomeni di c.d. "pirateria stradale" che, oltre a destare un particolare allarme sociale, sono stati tali da ingenerare nella pubblica opinione il convincimento in ordine alla necessità di introdurre nel nostro ordinamento delle disposizioni specifiche ispirate ad un estremo rigore sanzionatorio, anche alla luce delle allarmanti modalità e circostanze nell'ambito delle quali sovente tali reati vengono perpetrati.

All'esito di un lungo iter legislativo, in data 2 marzo 2016, è stato approvato il disegno di legge che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il reato di omicidio stradale, apportando, altresì, ulteriori e consistenti modifiche all'impianto normativo, sostanziale e processuale, di riferimento.

La novella di cui alla legge 23 marzo 2016, n. 41 in tema di: «Introduzione del reato di omicidio stradale, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274» – pubblicata nella G.U., Serie Generale del 23/3/2016 – trae origine, dunque, dalla esigenza del legislatore di fronteggiare il sempre crescente numero delle vittime di incidenti stradali, in primo luogo mediante la introduzione di un più severo trattamento sanzionatorio nelle ipotesi di omicidio e lesioni gravi o gravissime commesse mediante la violazione delle norme sulla circolazione stradale, soprattutto laddove risulti che il soggetto si sia posto alla guida in stato di alterazione psicofisica dovuta alla assunzione di bevande alcoliche o sostanze stupefacenti.

In altri termini, la *ratio* sottesa alla novella in commento è quella di prevedere per tali fattispecie delittuose un trattamento sanzionatorio "esemplare", idoneo ad esplicare una reale efficacia deterrente nei confronti di tali fatti.

In tale ottica, mediante legge in commento, è stata innanzitutto introdotto nel nostro ordinamento l'art. 589-*bis* c.p. rubricato: «Omicidio stradale», il quale assurge a fattispecie autonoma.

La seconda novità più importante nell'ambito della riforma in questione riguarda, invece, le modifiche apportate al delitto di lesioni personali gravi e gravissime commesse mediante la violazione delle norme circolazione stradale.

Infine, l'impianto normativo della novella, risulta completato mediante la previsione di una serie di circostanze aggravanti, norme relative al computo delle stesse, nonché alcune importanti modifiche riguardanti le norme del codice di rito in materia di arresto in flagranza di reato, nonché alcune disposizioni di coordinamento al codice penale ed al codice di procedura penale.

## 2. Omicidio stradale

Come accennato, la novità più rilevante introdotta con la riforma di cui alla legge 23 marzo 2016, n. 41 è certamente rappresentata dalla introduzione nell'ambito del codice di penale dell'art. 589-*bis*, rubricato «Omicidio stradale».

La nuova norma, al primo comma, prevede che: «Chiunque cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla circolazione stradale è punito con la reclusione da due a sette anni».

Preliminarmente, occorre evidenziare come la fattispecie incriminatrice in commento fosse già prevista e punita dall'art. 589 c.p., che, nella versione antecedente alla riforma, al secondo comma (oggi soppresso), prevedeva, quale circostanza aggravante speciale, proprio l'aver commesso il fatto mediante la violazione delle norme sulla circolazione stradale.

In definitiva, dunque, la fattispecie di cui al primo comma del nuovo art. 589 *bis* c.p. risulta permeata della stessa materialità di quella già prevista dal vecchio art. 589, comma 2, c.p. (essendo identico il fatto punito), prevedendo, peraltro, lo stesso trattamento sanzionatorio già contemplato prima della riforma.

Tuttavia, l'introduzione del nuovo art. 589-*bis* c.p. ha quale effetto fondamentale quello di modificare la natura stessa dell'omicidio commesso mediante la violazione delle norme sulla circolazione stradale il quale, infatti, da circostanza aggravante speciale dell'omicidio colposo (così come previsto alla luce dell'originario secondo comma dell'art. 589 c.p., oggi soppresso), assurge a fattispecie autonoma di reato.

In proposito, il legislatore, al fine di evitare ovvie problematiche di natura applicativa connesse alla preesistenza di una norma incriminatrice dello stesso fatto, ha provveduto ad abrogare il secondo comma dell'art. 589 c.p.

Nei commi successivi, la legge in esame, prevede una serie di disposizioni caratterizzate da un notevole inasprimento del trattamento sanzionatorio alla luce delle particolari condizioni psicofisiche del soggetto agente.

Il secondo comma dell'art. 589-*bis* c.p. punisce, infatti, con la pena della reclusione da otto a dodici

anni chiunque cagioni per colpa la morte di un uomo trovandosi rispettivamente:

- In stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c) del d.lgs 30 aprile 1992, n. 285; si tratta della più grave forma di ebbrezza alcolica prevista dal citato decreto legislativo (c.d. codice della strada); ovvero tutte quelle ipotesi nelle quali nel soggetto sia stato riscontrato un tasso alcolemico superiore ad 1,5 g/l. In proposito, giova ricordare brevemente che l'art. 186 d.lgs. n. 285 del 1992 sono previste tre diverse soglie progressive del tasso alcolemico (da 0,5 a 0,8 g/l; superiore a 0,8 g/l e non superiore a 1,5 g/l ed infine un tasso superiore a 1,5 g/l).

Ai fini della applicazione del secondo comma dell'art 589-*bis* c.p. rileva unicamente la terza e più grave soglia di tasso alcolemico.

- In stato di alterazione psicofisica conseguente alla assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi dell'art. 187 del d.lgs n. 285 del 1992.

In assenza – come è ovvio, stante la recente riforma – di qualsivoglia pronuncia giurisprudenziale in materia non vi sono, allo stato, certezze in ordine alla qualificabilità di tale ipotesi alla stregua di una autonoma ipotesi di reato o di una circostanza aggravante, tuttavia, a parere di chi scrive, non dovrebbero esservi dubbi in ordine alla riconducibilità della stessa del novero delle circostanze aggravanti speciali ed indipendenti, ai sensi dell'art. 49, comma 4, c.p., poiché in tal caso la pena è determinata in modo indipendente (da otto a dodici anni) da quella ordinariamente prevista per il delitto in commento, cioè entro una nuova cornice editale<sup>1</sup>.

In realtà, a ben vedere, la qualificazione di tale ipotesi quale reato circostanziato risulta avvalorata alla luce del dettato legislativo, laddove si consideri che il nuovo art. 590-*quater* c.p. – recante la disciplina in materia di computo delle circostanze – classifica tale ipotesi quale circostanza aggravante, al pari delle ulteriori ipotesi di cui ai successivi commi terzo, quarto, quinto e sesto dell'art. 589-*bis* c.p.

Da ciò si evince che lo stesso legislatore ha voluto individuare i suddetti casi quali ipotesi di reato circostanziato della fattispecie prevista al primo comma<sup>2</sup>.

Il successivo terzo comma dell'articolo 589-*bis* c.p. prevede, invece, la medesima pena (reclusione da 8 a 12 anni) qualora il soggetto attivo del reato, versando in stato di ebbrezza alcolica, ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 285 del 1992, abbia cagionato per colpa la morte di una persona, purché lo stesso rientri

<sup>1</sup> Per una puntuale ed approfondita analisi dei criteri di classificazione delle circostanze cfr. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale, VII edizione*, Cedam, pp. 401-424; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale, VII edizione*, Zanichelli editore, pp. 433-438.

<sup>2</sup> Sul punto cfr. PICCIONI, *l'Omicidio Stradale, Analisi ragionata della Legge 23 marzo 2016, n. 41*, G. Giappichelli Editore, p. 32.



in una delle categorie di conducenti previste dall'art. 186-*bis*, lettere b), c) e d) del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, le quali fanno riferimento rispettivamente, ai conducenti che esercitano attività di trasporto di persone o cose ovvero i conducenti di autoveicoli di massa complessiva superiore ad un determinato peso.

Il quarto comma, prevede, invece, un trattamento sanzionatorio mitigato rispetto alla ipotesi precedente, punendo con la pena da cinque a dieci anni chiunque cagioni per colpa la morte di un uomo ponendosi alla guida in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera b), cioè in tutte quelle ipotesi nelle quali il tasso alcolemico rilevato sia superiore a 0,8 g/l ma non superiore a 1,5 g/l., abbia cagionato per colpa la morte di un uomo.

Anche in tal caso, trattasi, come accennato, di una circostanza aggravante (rispetto alla ipotesi-base) speciale ed indipendente, determinando anch'essa la pena all'interno di una nuova cornice edittale; la quale, tuttavia, stante la clausola di salvezza «Salvo quanto previsto dal terzo comma» prevista dalla norma troverà applicazione solo al di fuori delle ipotesi di cui al terzo comma.

Infine, il quinto comma dell'art. 589-*bis* c.p., prevede la medesima pena del quarto comma per il conducente di un veicolo a motore il quale abbia cagionato per colpa la morte di un uomo, mediante una o più condotte specificatamente individuate dal legislatore.

In particolare, viene punito il conducente che abbia cagionato per colpa la morte di una persona:

- 1) procedendo in un centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita e comunque non inferiore a 70 Km/h, ovvero procedendo su strade extraurbane ad una velocità superiore di almeno 50Km/h rispetto a quella massima consentita;
- 2) attraversando le intersezioni con semaforo rosso, ovvero circolando contromano;
- 3) effettuando manovra di inversione del senso di marcia in prossimità o in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso di un altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di linea continua.

Il sesto ed il settimo comma prevedono una serie di circostanze aggravanti ed attenuanti.

Il sesto comma della norma incriminatrice *de qua*, prevede un aumento di pena nelle ipotesi in cui il fatto sia stato commesso da persona sprovvista di patente di guida o in possesso di patente sospesa o revocata, nonché nelle ipotesi in cui il veicolo, di proprietà del conducente, risulti sprovvisto della assicurazione obbligatoria.

In relazione a tale previsione, non essendo specificata la misura dell'aumento di pena, non vi è dubbio che si tratti di una circostanza aggravante speciale ad efficacia comune, con conseguente variazione frazionaria non superiore ad un terzo della pena prevista per

il reato semplice, in conformità rispetto a quanto previsto dagli artt. 64, comma 1, c.p.

A fonte di tale circostanza aggravante, il settimo comma della norma incriminatrice in commento, contempla una circostanza attenuante che trova il proprio presupposto ontologico nel c.d. "concorso di colpa" del soggetto passivo del reato.

In proposito, è prevista una diminuzione della pena fino alla metà nelle ipotesi in cui l'evento non sia esclusiva conseguenza della azione od omissione del soggetto attivo, risultando, invece, tale evento eziologicamente collegato anche ad una condotta negligente, imprudente, imperita e, quindi, colposa della vittima.

Per quanto concerne i profili classificatori, tale circostanza rientra certamente nel *genus* delle circostanze attenuanti speciali e ad efficacia speciale, comportando un aumento della pena prevista per le ipotesi-base superiore ad un terzo, così come previsto dall'art. 63, comma 3, c.p.

Infine, l'ottavo ed ultimo comma dell'art. 589-*bis* c.p. in tema di omicidio colposo contempla l'ipotesi del c.d. omicidio colposo stradale plurimo, che si ha quando il soggetto attivo con una sola azione o omissione cagiona la morte di più persone ovvero la morte di una o più persone e lesioni ad uno o più persone (plurimi eventi mortali e/o lesivi colposamente cagionati nello stesso contesto fattuale).

Trattasi, di una speciale ipotesi di concorso formale di reati, per la quale il legislatore – in applicazione del criterio del c.d. cumulo giuridico previsto per le ipotesi di concorso formale di reati dall'art. 81 c.p. – prevede un aumento fino al triplo della pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse.

Al contempo, la medesima disposizione prevede un limite edittale massimo stabilendo che la pena in concreto irrogabile non possa, in ogni caso, superare i diciotto anni di reclusione.

### 3. Lesioni personali stradali

La seconda fondamentale novità contenuta nella legge 23 marzo 2016, n. 41 è rappresentata dalla modifica dell'art. 590-*bis* del c.p.

In particolare, l'art. 1, comma 2, della legge in commento ha dato luogo ad una riformulazione dell'art. 590-*bis* c.p. – sotto il regime della previgente disciplina rubricato «computo delle circostanze», che prevedeva un inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto per le più gravi ipotesi di omicidio colposo o lesioni colpose commesse da soggetti alla guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche e stupefacenti – introducendo una autonoma fattispecie di lesioni personali stradali gravi e/o gravissime, con conseguente diversificazione delle pene a seconda della entità delle lesioni cagionate.

Ne discende che, ai fini della classificazione delle lesioni, deve farsi riferimento a quanto all'uopo previsto dall'articolo 583 c.p.

Il nuovo art. 590-*bis* c.p., al primo comma prevede che: «Chiunque cagioni per colpa una lesione personale con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale è punito con la reclusione da tre mesi a un anno per le lesioni gravi e da uno a tre anni per le lesioni gravissime».

A ben vedere, tale disposizione, ben lungi dal costituire una novità all'interno dell'impianto normativo del codice penale, rappresenta la ripetizione di quanto già previsto sotto il regime della previgente disciplina all'art. 590, comma 3, c.p., il quale, infatti, puniva con pene pressoché analoghe le ipotesi lesioni personali colpose gravi o gravissime commesse mediante la violazione delle norme sulla circolazione stradale.

In definitiva, così come per l'omicidio stradale, la *ratio* sottesa alla modifica di cui all'art. 590-*bis* c.p. è quella di attribuire anche alla lesioni colpose stradali specifica rilevanza mediante la modifica dell'impianto sistematico del codice penale; sicché anche le lesioni colpose commesse mediante violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale da circostanza aggravante del reato di lesioni personali colpose asurgono a fattispecie autonoma di reato.

Anche in tema di lesioni colpose stradali, il legislatore, in linea con le previsioni di cui all'art. 589-*bis* c.p. sull'omicidio stradale, ha previsto un notevole inasprimento del trattamento sanzionatorio collegato alle particolari condizioni psico-fisiche del soggetto agente.

Il secondo comma dell'art. 590-*bis* c.p. punisce chiunque cagioni per colpa una lesione personale essendosi posto alla guida rispettivamente:

- in stato di alterazione psicofisica conseguente alla assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi dell'art. 187 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285;
- in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c) del medesimo decreto legislativo. Si tratta della più grave forma di ebbrezza alcolica prevista dal citato decreto legislativo (c.d. codice della strada), ovvero tutte quelle ipotesi nelle quali nel soggetto sia stato riscontrato un tasso alcolemico superiore ad 1,5 g/l;

In tal caso, il trattamento sanzionatorio è commisurato alla entità delle lesioni cagionate.

Qualora siano state cagionate lesioni personali gravi è prevista la pena della reclusione da tre a cinque anni, mentre, invece, in caso di lesioni personali gravissime la pena della reclusione da quattro a sette anni.

Anche tale ipotesi, così come quella contemplata dall'art. 589-*bis* c.p., sembrerebbe doversi qualificare alla stregua di una circostanza aggravante speciale ed indipendente ai sensi dell'art. 49, comma 4, c.p.

Il successivo terzo comma, prevede la medesima pena di cui al secondo comma (reclusione da 3 a 5 anni in caso di lesioni gravi e reclusione da 4 a 7 in caso di lesioni gravissime) qualora il conducente di un veicolo a motore, appartenente ad una delle specifi-

che categorie di soggetti già precedentemente esposte e previste dall'art. 186-*bis* lettere b), c) e d), d.lgs. n. 285 del 1992 (conducenti che esercitano attività di trasporto di persone o cose ovvero i conducenti di autoveicoli di massa complessiva superiore ad un determinato peso), trovandosi in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. b) del medesimo decreto (ipotesi nelle quali il tasso alcolemico rilevato sia superiore a 0,8 g/l ma non superiore a 1,5 g/l.) abbia cagionato per colpa lesioni personali gravi o gravissime.

Il quarto comma prevede una attenuazione della risposta sanzionatoria (reclusione da 1 anno e sei mesi a tre anni in caso di lesioni gravi, reclusione da due a quattro anni in caso di lesioni gravissime) nelle ipotesi in cui il soggetto attivo del reato abbia cagionato per colpa a taluno lesioni personali ponendosi alla guida in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera b), cioè in tutte quelle ipotesi nelle quali il tasso alcolemico rilevato sia superiore a 0,8 g/l ma non superiore a 1,5 g/l.

Anche in tal caso, si riscontra una evidente analogia con la previsione di cui all'art. 589-*bis*, comma 3, c.p., con la quale tale ipotesi condivide la natura di una circostanza aggravante (rispetto all'ipotesi base) speciale ed indipendente, circoscrivendo, anch'essa, la pena all'interno di una nuova cornice edittale.

Anche in tal caso al suo esordio la norma contempla la clausola di salvezza «Salvo quanto previsto dal terzo comma», sicché la disposizione di cui al quarto comma dell'art. 590-*bis* c.p. trovano applicazione solo al di fuori delle ipotesi di cui al terzo comma.

Il quinto comma dell'art. 590-*bis* c.p., analogamente a quanto previsto in tema di omicidio stradale, prevede la medesima pena del quarto comma per il conducente di un veicolo a motore il quale abbia cagionato per colpa lesioni personali gravi o gravissime, mediante una delle condotte specificatamente individuate dalla norma, ovvero:

- 1) procedendo in un centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita e comunque non inferiore a 70 Km/h, ovvero procedendo su strade extraurbane ad una velocità superiore di almeno 50Km/h rispetto a quella massima consentita
- 2) attraversando le intersezioni semaforiche disposte al rosso, ovvero circolando contromano;
- 3) effettuando manovra di inversione nel senso di marcia in prossimità o in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso di un altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di linea continua.

Il sesto comma dell'art. 590-*bis* c.p., prevede un inasprimento del trattamento sanzionatorio nelle ipotesi in cui il fatto sia stato commesso da persona sprovvista di patente di guida o in possesso di patente sospesa o revocata, nonché nelle ipotesi in cui il veico-

lo, di proprietà del conducente, risulti sprovvisto della assicurazione obbligatoria.

Tale norma prevede un generico aumento di pena in relazione alle ipotesi contemplate senza specificazione alcuna in relazione alla misura dell'aumento.

Trattasi, pertanto, di una circostanza aggravante ad effetto comune che, ai sensi dagli artt. 64, comma 1, c.p., determina un aumento fino ad un terzo della pena prevista per il reato semplice.

Anche il settimo e l'ottavo comma dell'art. 590-*bis* c.p. ricalcano le disposizioni previste all'interno dell'art. 589-*bis* c.p. in tema di omicidio stradale.

Infatti, mentre il settimo comma prevede quale circostanza attenuante ad effetto speciale delle lesioni stradali le ipotesi in cui l'evento non sia esclusiva conseguenza della azione od omissione del soggetto attivo (c.d. concorso di colpa), prevedendo all'uopo una diminuzione delle pene fino alla metà, l'ottavo ed ultimo comma contempla l'ipotesi delle lesioni colpose stradali plurime, prevedendo un aumento fino al triplo della pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave con il limite massimo degli anno sette di reclusione (c.d. cumulo giuridico)<sup>3</sup>.

#### 4. La rilevanza della fuga nei reati di omicidio e lesioni colpose stradali

Una importante novità contenuta nella novella di cui alla Legge 23 marzo 2016, n. 41 è rappresentata dalla introduzione all'interno del codice penale degli artt. 589-*ter* e 590-*ter*, che prevedono e disciplinano, rispettivamente, le ipotesi di fuga del conducente in caso di omicidio stradale e lesioni personale stradali, prevedendo un aumento delle pene da un terzo a due terzi.

È, altresì, previsto un limite minimo in virtù del quale la pena in concreto irrogabile in caso di fuga non può essere inferiore a cinque anni in caso di omicidio colposo stradale e tre anni in caso di lesioni personali stradali.

Trattasi, evidentemente, di circostanze aggravanti speciali (in quanto applicabili esclusivamente ai reati in commento) e ad effetto speciale (poiché, come previsto dall'art. 63, comma 3, c.p., determinano un aumento della pena superiore ad un terzo).

Sembrerebbe potersi affermare la necessità di leggere le disposizioni di cui agli artt. 589-*ter* e 590-*ter* c.p. in combinato disposto con la previsione di cui all'art. 189 del codice della strada, il quale, mentre al primo comma prevede un generico obbligo di fermarsi e prestare assistenza in favore di coloro che abbiano eventualmente subito un danno alla persona a seguito di un incidente stradale, al sesto comma punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni la violazione dell'obbligo medesimo.

La previsione introdotta per effetto degli artt. 589-*bis* e 590-*bis*, c.p., rispetto a quella contenuta all'interno del codice della strada, appare connotata da una maggiore asprezza della risposta punitiva dell'ordinamento giuridico.

Inoltre, essa, a differenza di quella prevista all'interno del codice della strada (nella quale non vi è riferimento alcuno a specifiche figure di reato), appare direttamente collegata ai reati di omicidio e lesioni stradali, costituendo, pertanto, in relazione a tali ipotesi delittuose, una specificazione del generico obbligo di fermarsi e prestare assistenza e della conseguente sanzione in caso di inosservanza del medesimo, previste dal Codice della Strada.

#### 5. Il computo delle circostanze

Nei paragrafi precedenti si è proceduto ad analizzare sistematicamente le circostanze attenuanti ed aggravanti previste in relazione alle ipotesi delittuose di omicidio stradale e lesioni personali stradale.

In sede di concreta applicazione di tali circostanze, deve necessariamente tenersi in considerazione la previsione di cui all'art. 590-*quater* c.p., introdotto *ex novo* nell'impianto codicistico ricalcando, in sostanza, la lettera del precedente art. 590-*bis* c.p.

Il nuovo art. 590-*ter* c.p., rubricato «Computo delle circostanze» stabilisce che: «Quando ricorrono le circostanze aggravanti di cui agli articoli 589-*bis*, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma e 590-*ter*, le concorrenti circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzione operano sulla quantità di pena determinata ai sensi delle predette circostanze aggravanti».

In breve, tale norma prevede un divieto di prevalenza e/o equivalenza delle circostanze attenuanti sulle circostanze aggravanti sopra indicate.

Conseguentemente, eventuali circostanze attenuanti sono sottratte da qualsivoglia giudizio di bilanciamento con le aggravanti indicate dalla norma che, pertanto, dovranno necessariamente considerarsi prevalenti sulle circostanze attenuanti.

In definitiva, mediante tale previsione, il legislatore ha introdotto una presunzione di prevalenza delle circostanze aggravanti rispetto a quelle attenuanti.

L'art. 590-*quater* prevede specifica eccezione in relazione alle circostanze attenuanti di cui agli artt. 98 c.p. (età superiore ad anni 14 ma inferiore ad anni 18 dell'autore del reato dotato di capacità di intendere e di volere) e 114 c.p. (minima importanza nella preparazione o esecuzione del reato).

Tali circostanze, pertanto, sono soggette a giudizio di bilanciamento con le aggravanti contemplate dalla norma e suscettibili di essere dichiarate prevalenti e/o equivalenti.

Tuttavia, qualora tali circostanze attenuanti concorrano con le circostanze aggravanti di cui agli artt.

<sup>3</sup> In proposito vedi le considerazioni svolte nel paragrafo precedente circa la configurazione di una speciale ipotesi di concorso formale di reati.

589-*bis* e 590-*bis* le diminuzioni di pena non opereranno sulla pena base, bensì sulla pena già aumentata per effetto della ricorrenza delle circostanze aggravanti medesime.

## 6. Disposizioni di coordinamento al codice penale

L'art. 1, comma 3, della legge n. 41 del 2016 reca alcune modifiche di coordinamento al codice penale, con particolare riferimento agli artt. 589 e 590 c.p., in quanto modificati a seguito della entrata in vigore della riforma.

In particolare, la prima disposizione di coordinamento riguarda l'istituto della prescrizione previsto e disciplinato dall'art. 157 c.p.

L'art 1, comma 3, lett. a) della legge in commento stabilisce che: «Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni.:

a) all'art. 157, sesto comma, le parole «e 589, secondo, terzo e quarto comma» sono sostituite dalle seguenti «589, secondo e terzo comma, e 589-*bis*».

Con tale intervento il legislatore ha, dunque, modificato parzialmente l'istituto della prescrizione prevedendo per il delitto di omicidio stradale il raddoppio dei termini di prescrizione<sup>4</sup>.

La lettera b) della medesima disposizione prevede che: «all'articolo 582, primo comma, le parole «da tre mesi» sono sostituite dalle seguenti: «da sei mesi».

Per effetto di tale disposizione il minimo edittale previsto per il reato di lesioni personali è stato aumentato da tre mesi a sei mesi, restando, tuttavia, immutata la pena edittale massima.

Le lettere c) e d) apportano necessarie modifiche volte al coordinamento delle nuove disposizioni con l'art. 589 c.p. in tema di omicidio colposo.

L'articolo 1, comma 3, lettere c) e d) stabilisce che: «Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

c) all'articolo 589, secondo comma, le parole «sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle» sono soppresse;

d) all'articolo 589, il terzo comma è abrogato».

Dunque, con le lettere c) e d) del terzo comma, l'art. 589 c.p. in tema di omicidio colposo viene soppresso nella parte in cui disciplina tale reato con riferimento alla violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale poiché tali disposizioni sarebbero evidentemente incompatibili con le previsioni contenute nel nuovo art. 589-*bis* c.p.

Tuttavia, l'art. 589 c.p. rimane in vigore nella parte in cui fa riferimento ad altre materie, quali ad esempio, la violazione delle norme sulla disciplina della prevenzione degli infortuni sul lavoro.

<sup>4</sup> Cfr. sul punto NEGRO-COVOTTA, *La Nuova Legge sull'omicidio stradale; Guida esplicativa ai reati*, Editore Key, pagine 70 e 71; nonché F. PICCIONI, *l'Omicidio stradale, Analisi ragionata della Legge 23 marzo 2016, n. 41*, cit., p. 31.

Di converso, le lettere e) ed f) apportano modifiche all'art. 590 c.p., che prevede il delitto di lesioni personali colpose.

In proposito si prevede che: «Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

e) all'articolo 590, terzo comma, primo periodo, le parole «sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle» sono soppresse

f) all'articolo 590, terzo comma, il secondo periodo è soppresso».

In definitiva, con tale intervento il legislatore, al fine di coordinare l'art. 590 c.p. con le previsioni di cui al nuovo art. 590-*bis* c.p. in tema di lesioni personali stradali, ha espunto dalla lettera dell'art. 590 c.p. la parte in cui lo stesso faceva riferimento alle ipotesi di lesioni cagionate mediante la violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale per evidente incompatibilità con le nuove disposizioni<sup>5</sup>.

## 7. Disposizioni di coordinamento al codice di procedura penale

I commi quarto e quinto dell'art. 1 della Legge n. 41 del 2016 recano alcune modifiche al codice di procedura penale.

In particolare, il quarto comma, prevede alcune importanti modifiche in materia di operazioni peritali e di prelievo coattivo di campioni biologici rispettivamente qualora il conducente non presti il consenso o rifiuti di sottoporsi agli accertamenti volti a verificare lo stato di ebbrezza o comunque di alterazione psicofisica.

La lettera a) del quarto comma della norma in esame modifica l'art. 224-*bis* c.p.p. in materia di operazioni peritali, il quale prevede una serie di reati (delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore a 3 anni nel massimo) per i quali il giudice, stante la mancanza del consenso del soggetto che deve sottoporsi all'esame del perito, può, anche d'ufficio, disporre con ordinanza motivata il prelievo coattivo di campioni biologici.

Ebbene, mediante la disposizione in commento è stato inserito all'interno dell'art. 224-*bis* del codice di rito un riferimento espresso ai reati di omicidio stradale e lesioni stradali, di cui ai nuovi artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.

Ne consegue che, a seguito della novella, anche per tali reati, il giudice, laddove non vi sia il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, potrà disporre, anche d'ufficio, con ordinanza motivata, l'esecuzione coattiva del prelievo di campioni biologici, quali il prelievo di capelli o peli, il prelievo di mucosa del cavo orale ai fini dell'accertamento del profilo del DNA o altri accertamenti medici purché, come recita

<sup>5</sup> Per una attenta disamina delle disposizioni di coordinamento al codice penale vedi anche: NEGRO COVOTTA, *La Nuova Legge sull'omicidio stradale; Guida esplicativa ai reati*, cit., pp. 69 e 73;

l'art. 224-*bis* c.p.p., essi risultino assolutamente indispensabili per la prova dei fatti e non risultino in contrasto con i divieti espressamente previsti dal quarto comma di tale articolo in relazione alla salute ad alla integrità psicofisica dei soggetti che vi devono essere sottoposti.

La lettera b), modifica l'art. 359-*bis* c.p.p. in materia di prelievo coattivo di campioni biologici.

In particolare, per effetto di tale disposizione, all'interno dell'art. 359-*bis* c.p.p., dopo il terzo comma, viene inserito un nuovo ed ulteriore comma 3-*bis* in virtù del quale, nei caso di omicidio stradale e lesioni personali stradali, qualora il conducente rifiuti di sottoporsi agli accertamenti volti a verificare lo stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione psicofisica correlata all'uso di sostanze stupefacenti psicotrope e se vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare un pregiudizio alle indagini il decreto motivato di cui al secondo comma della medesima disposizioni e gli ulteriori accertamenti possono, nei casi di urgenza, essere adottati oralmente e successivamente essere confermati in forma scritta.

Gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono all'accompagnamento dell'interessato presso il più vicino presidio ospedaliero al fine di sottoporre il soggetto ai necessari accertamenti o prelievi e, laddove la persona rifiuti di sottoporvisi, si procede alla esecuzione in forma coattiva delle operazioni.

Del decreto e delle operazioni compiute deve essere dato tempestivo avviso al difensore dell'interessato, il quale ha facoltà di assistervi senza che ciò possa, tuttavia, comportare pregiudizio nel compimento delle operazioni.

Il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 359-*bis* c.p.p. stabilisce che, all'uopo, si applicano le previsioni di cui ai commi primo e secondo dell'art. 365 c.p.p., che disciplina gli atti garantiti ai quali il difensore ha diritto di assistere pur non avendo diritto al previo avviso del loro compimento.

Entro quarantotto ore successive al compimento delle operazioni o degli accertamenti, il pubblico ministero richiede la convalida del decreto e degli eventuali ulteriori provvedimenti al giudice per le indagini preliminari, il quale, a sua volta, provvede al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone immediato avviso al pubblico ministero ed al difensore.

L'ultima parte della disposizione in esame stabilisce che le operazioni devono, in ogni caso, svolgersi nel rispetto delle condizioni previste dai commi quarto e quinto dell'art. 224-*bis* c.p.p., i quali stabiliscono, rispettivamente, il divieto di compimento di operazioni contrastanti con espressi divieti posti dalla legge ovvero suscettibili di porre in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro o che, secondo la scienza medica, possano recare sofferenze di non lieve entità ed il limite del rispetto della dignità

umana e del pudore della persona nello svolgimento delle operazioni peritali.

A parte tali modifiche, il quinto comma dell'art. 1 della legge in commento, prevede anche una serie di modifiche alla parte del codice di procedura penale relativa alle norme processuali in senso stretto.

Una delle più importanti novità della novella riguarda la materia delle misure precautelari.

In particolare, per effetto di tale disposizione di coordinamento, è stato inserito nell'art. 380 c.p.p. una nuova ed ulteriore lett. *m-quater*, che ha incluso nel novero dei reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza anche il delitto di omicidio stradale aggravato dall'uso di sostanze stupefacenti di cui al secondo e terzo comma dell'art. 589-*bis* c.p.

Al di fuori delle ipotesi contemplate dai commi secondo e terzo l'arresto in flagranza rimane facoltativo.

Il comma 1, lett. b) dell'art. 1 della legge *de qua* apporta, invece, modifiche all'art. 381 c.p. in tema di arresto facoltativo in flagranza di reato, introducendo nell'ambito di tale norma la lett. *m-quinqies*, in virtù della quale è consentito l'arresto facoltativo in flagranza per il reato di lesioni stradali gravi o gravissime, nelle ipotesi aggravate di cui ai commi secondo, terzo, quarto e quinto dell'art. 590-*bis* c.p.

La lettera c), modifica l'art. 406 del codice di rito in tema di proroga del termine di durata delle indagini preliminari, introducendo all'interno della norma, un espresso riferimento all'art. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. in tema di omicidio stradale e lesioni stradali.

Dunque, per mezzo di tale modifica, il legislatore ha provveduto ad aggiungere i nuovi reati di omicidio e lesioni stradali tra quelli per i quali è possibile richiedere, da parte del pubblico ministero, la proroga del termine di durata delle indagini preliminari per una sola volta.

Una ulteriore modifica al codice di procedura penale è quella prevista alla lett. d), che interessa l'art. 416 c.p.p. in tema di richiesta di rinvio a giudizio.

Tale disposizione, al comma 2-*bis*, prevedeva in relazione all'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale nella versione *ante-riforma* un termine di 30 giorni dalla chiusura delle indagini preliminari per il deposito della richiesta di rinvio a giudizio.

Nel corpo della norma è stato inserito il riferimento all'art. 589-*bis* c.p.; pertanto, a seguito della riforma, tale termine deve essere posto in relazione al nuovo reato di omicidio stradale.

Dunque, qualora si proceda per il reato di omicidio stradale, la richiesta di rinvio a giudizio deve essere depositata da parte del pubblico ministero entro 30 giorni dalla chiusura delle indagini preliminari.

La lettera e) modifica l'art. 429 comma 3-*bis* c.p.p. in tema di decreto che dispone il giudizio, inserendo anch'essa all'interno del menzionato comma un riferimento espresso all'art. 589-*bis* c.p.

Dunque, qualora si proceda per il reato di omicidio stradale, il termine che deve intercorrere tra la data del decreto che dispone il giudizio e la data fissata per il giudizio non può essere superiore a 60 giorni.

La lett. f) dell'art. 1, comma 5, inserisce all'interno dell'art. 550 c.p.p. in tema di citazione diretta a giudizio innanzi al tribunale in composizione monocratica la lettera *e-bis* che contiene un riferimento specifico al reato lesioni personali stradali, anche nella forma aggravata di cui all'art. 590-*bis*.

Per effetto di tale modifiche si è proceduto ad un ampliamento del catalogo de reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio innanzi al Tribunale in composizione monocratica mediante l'inserimento all'interno dello stesso anche del reato di lesioni stradali, anche nella forma aggravata, di cui all'art. 590-*bis*.

Infine, l'art. 1, comma 5, lettera g) prevede una modifica dell'art. 552 c.p.p. in tema di decreto di citazione a giudizio innanzi al Tribunale in composizione monocratica, mediante inserimento nei commi 1-*bis* e 1-*ter* della medesima disposizione di un espresso riferimento alla nuova figura di reato di omicidio stradale di cui all'art. 590-*bis* c.p.

Con tale modifica il legislatore ha previsto che, qualora si proceda per il reato di lesioni stradali *ex art.* 590-*bis* c.p., il decreto di citazione a giudizio debba essere emesso entro 30 giorni dalla chiusura delle indagini preliminari.

Inoltre, in tale ipotesi (lesioni stradali), la data di comparizione contenuta nel decreto di citazione a giudizio deve essere fissata non oltre 90 giorni dalla emissione del decreto stesso<sup>6</sup>.

## 8. Le modifiche al codice della strada

Da ultimo occorre illustrare le disposizioni di coordinamento e le modifiche che la legge di riforma ha apportato al codice della strada.

La lettera a) del comma 6 dell'art. 1 della legge in commento modifica il comma 8 dell'art. 189 del d.lgs. n. 285 del 1992 (c.d. codice della strada) rubricato "comportamento del conducente in caso di incidente" – che prevede la non applicabilità dell'arresto in flagranza di reato laddove il conducente si sia fermato ed in caso di necessità abbia prestato assistenza a seguito dell'incidente in favore di coloro che abbiano subito danni alla persona, mettendosi, altresì a disposizione degli organi di polizia giudiziaria.

In particolare, mentre la formulazione *ante*-novella del comma in commento contemplava sia il delitto di omicidio colposo sia quello di lesioni personali colpose, a seguito della riforma, stante l'introduzione del delitto di omicidio stradale, viene espunto dalla norma ogni riferimento al delitto di omicidio colposo.

<sup>6</sup> Per una attenta disamina delle disposizioni di coordinamento al codice penale vedi anche: NEGRO-COVOTTA, *La Nuova Legge sull'omicidio stradale; Guida esplicativa ai reati*, cit., pp. 74-82.

Conseguentemente, per effetto di tale modifica, in caso di incidente stradale, laddove il soggetto si sia fermato ed abbia prestato assistenza in caso di necessità questi non sarà soggetto all'arresto previsto per i casi di flagranza di reato solo qualora dall'incidente sia derivato il delitto di lesioni personali colpose, fermo restando la applicabilità dell'arresto in flagranza (obbligatorio o facoltativo a seconda dei casi) qualora dall'incidente medesimo sia, invece, derivato il delitto di omicidio colposo stradale.

La lettera b) del 6 comma dell'art. 1 della legge in commento apporta, invece, modifiche all'art. 222 del codice della strada in materia di sanzioni amministrative accessorie all'accertamento dei reati.

Preliminarmente, giova ricordare che, ai sensi dell'art. 222 c.d.s., qualora da una violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale derivino danni alle persone, il Giudice, con la sentenza di condanna, applica le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla normativa di riferimento, nonché le sanzioni amministrative accessorie della sospensione o della revoca della patente di guida.

Nei commi successivi, l'art. 222 c.d.s. specifica i termini di durata delle sanzioni amministrative accessorie, diversificandoli a seconda della entità delle lesioni cagionate o che si tratti, invece, di omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale.

I commi successivi sono stati, invece, a seguito della riforma in commento oggetto di modifica.

In particolare, a seguito della novella, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 222 c.d.s. prevede che alla sentenza di condanna ovvero alla applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (c.d. patteggiamento), per i reati di omicidio stradale o lesioni personali stradali gravi o gravissime di cui agli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. consegue automaticamente la revoca della patente di guida; anche nei casi in cui sia stato concesso il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Ai fini della applicazione di tale sanzione amministrativa accessoria, il cancelliere del giudice che ha emesso la sentenza di condanna divenuta irrevocabile, trasmette copia autentica della sentenza stessa al Prefetto competente per luogo, il quale, a sua volta, emette un provvedimento di revoca della patente di guida e di inibizione alla guida sul territorio nazionale a carico del soggetto condannato per un periodo corrispondente a quello per il quale si applica la revoca della patente.

Il comma 2-*bis* stabilisce che, in caso di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 del codice di rito, la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo di 4 anni (prevista per i casi di omicidio colposo stradale) è diminuita fino ad un terzo.

Resta immutato il terzo comma dell'articolo in esame, che prevede per il giudice la possibilità di applicare

la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida in caso di recidiva reiterata specifica.

Tuttavia, per effetto della lettera b) del comma 6 dell'art. 1 della nuova legge sull'omicidio stradale, vengono introdotti nell'art. 222 c.d.s. tre ulteriori commi, *3-bis*, *3-ter* e *3-quater*.

Il comma *3-bis*, stabilisce che qualora sia stata applicata la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida per le ipotesi aggravate di omicidio stradale di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 589-*bis* c.p. (omicidio stradale commesso da parte del conducente sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o in stato di alterazione dovuto alla assunzione di bevande alcoliche o che, rientrando in una delle particolari categorie di conducenti previste dall'art. 186, comma 1, lett. b), c) e d) del c.d.s. (provocando la morte di una persona) l'interessato non può conseguire nuovamente la patente di guida prima che siano decorsi almeno quindici anni dalla revoca della stessa.

Nelle ipotesi di cui al 5 comma dell'art. 589-*bis* c.p. (omicidio colposo stradale aggravato commesso mediante una o più condotte specificatamente individuate dal legislatore, ad esempio procedendo ad una velocità superiore al doppio di quella consentita e comunque eccedente i 70 Km/h ecc...) l'interessato non può conseguire una nuova patente di guida prima che siano decorsi 10 anni dalla revoca di quella precedente.

Infine, tale termine è elevato a venti anni nei casi in cui il soggetto sia stato in precedenza condannato per i reati di cui agli artt. 186, commi, 2 lettere b) e c) e *2-bis*, ovvero di cui all'art. 187, commi 1 e 1 bis del c.d.s. (guida sotto l'effetto di alcol e sostanze stupefacenti)

Il termine è ulteriormente aumentato fino a trenta anni allorché il soggetto interessato non abbia ottemperato agli obblighi di fermarsi e prestare assistenza in caso di incidente previsti dall'art. 189 c.d.s. e si sia dato alla fuga.

Il comma *3-bis*, prevede che, nel caso di applicazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida per i reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali, l'interessato non può conseguire una nuova patente di guida prima che siano decorsi 5 anni dalla revoca.

Tale termine è raddoppiato qualora l'interessato abbia in precedenza riportato condanne per i reati di cui all'art. 186, commi 2, lett. b) e c) e *2-bis*, ovvero di cui all'art. 187 c.d.s. (guida sotto l'effetto di alcol e sostanze stupefacenti).

Il termine è ulteriormente aumentato fino a 12 anni qualora l'interessato non abbia ottemperato agli obblighi di fermarsi e prestare assistenza in caso di incidente *ex art.* 189 c.d.s. e si sia dato alla fuga.

Il comma *3-quater*, prevede che per i titolari di patente di guida rilasciato da uno Stato estero, il prefetto competente per il luogo della commessa violazione

adotta provvedimento di inibizione alla guida sul territorio nazionale valido per lo stesso periodo di tempo per il quale si applica la revoca della patente.

La riforma ha inciso, seppur in maniera non significativa, anche sull'art. 219 c.d.s. in tema di revoca della patente di guida.

In particolare l'art. 1, comma 6, lett. c) della legge 23 marzo 2016 n. 41 ha aggiunto all'interno del già presente comma *3-ter* dell'art. 219 c.d.s. le parole: «fatto salvo quanto previsto dai commi *3-bis* e *3-ter* dell'articolo 222»

Il comma *3-ter* dell'art. 219 c.d.s. prevede che, nei casi in cui la revoca della patente di guida sia stata disposta a seguito delle violazioni di cui agli artt. 186, *186-bis* e 187, l'interessato non può conseguire una nuova patente di guida prima che siano decorsi tre anni dalla data di accertamento del reato.

Ebbene, a seguito della introduzione della clausola di salvezza sopra richiamata, tale disposizione non si applica in relazione alle ipotesi specifiche contemplate nei commi *3-bis* e *3-ter* dell'art. 222 c.d.s.<sup>7</sup>

Ultima modifica prevista dalla legge di riforma riguarda l'art. 223 c.d.s., che disciplina i casi di ritiro della patente di guida a seguito della commissione di ipotesi di reato

Rimane invariata, a seguito della riforma, la previsione di cui al primo comma, che prevede il ritiro immediato della patente di guida da parte degli agenti o degli organi accertatori in tutte le ipotesi di reato per le quali è applicabile la sanzione amministrativa accessoria della sospensione o revoca della patente di guida, con conseguente trasmissione della stessa, unitamente al rapporto, entro 10 giorni alla Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo del luogo della commessa violazione.

La legge di riforma ha, invece, modificato il 2 comma dell'art. 222 c.d.s. - che richiamava la applicabilità delle disposizioni di cui al 1 comma nelle ipotesi di reato di cui all'art. 222, commi 2 e 3 - introducendo uno specifico riferimento anche ai nuovi reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali.

Dunque, a seguito della riforma, anche le disposizioni relative al ritiro immediato della patente di guida di cui al 1 comma dell'art. 223 c.d.s., oltre che nelle ipotesi di reato di cui all'art. 222 commi 2 e 3 c.d.s. si applicano anche in relazione alle nuove fattispecie di reato previste dagli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.

Inoltre, è stato introdotto all'interno del 2 comma un ulteriore periodo, secondo il quale il Prefetto, ricevuti gli atti, dispone, ove sussistano evidenti elementi di prova in ordine alla responsabilità dell'interessato, la sospensione provvisoria della validità della patente di guida fino ad un massimo di 5 anni.

Infine, nel corpo dell'art. 223 c.d.s. è stato aggiunto un ulteriore comma *2-bis* ai sensi del quale qualora

<sup>7</sup> Vedi *supra*.

la sospensione della patente di guida di cui al 2 comma, quarto periodo (sospensione in caso ove sussistano evidenti elementi di evidente responsabilità) sia stata disposta nei confronti di titolare di patente di guida rilasciata da uno stato estero, il prefetto del luogo della commessa violazione, ricevuti gli atti, nei 15 giorni successivi emette un provvedimento di inibizione alla guida sul territorio nazionale valido per il medesimo per il quale è disposta la sospensione della patente.

### 9. Riflessioni in tema di colpa stradale

Come evidenziato nel corso della precedente esposizione, i nuovi delitti di omicidio stradale e lesioni personali stradali sono stati qualificati dal legislatore della riforma quali fattispecie di reato colposo.

Tuttavia, non può non evidenziarsi come quello relativo alla natura ed alla classificazione dell'elemento psicologico necessario ai fini della configurazione dei reati in commento rappresenti uno dei profili più problematici e discussi della novella di cui alla legge 23 marzo 2016, n. 41.

In particolare, tali considerazioni relative alla c.d. colpa stradale assumono specifica rilevanza in relazione alle diverse ipotesi aggravate contemplate dagli artt. 589-*bis* c.p. e art 590-*bis* c.p. in tema, rispettivamente, di omicidio stradale e lesioni personali stradali.

Infatti, mentre, come detto, per le ipotesi-base di omicidio e lesioni stradali gravi o gravissime sono previste delle pene identiche a quelle previste dagli artt. 589, comma 2, c.p. e 590, comma 3, c.p. nella loro versione *ante-novella* (fatta eccezione la mancata previsione della pena pecuniaria, originariamente prevista, per la nuova fattispecie di lesioni stradali di cui all'art. 590-*bis*, comma 1, c.p.), i nuovi artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., nei commi successivi al primo, prevedono un notevole inasprimento del trattamento sanzionatorio alla luce delle particolari condizioni psicofisiche del soggetto agente, in particolare laddove il sinistro dal quale sia derivata la morte ovvero le lesioni di una persona sia stato cagionato da un soggetto in stato di ebbrezza alcolica o comunque in stato di alterazione psicofisica dovuta alla assunzione di sostanze stupefacenti.

A fronte di tali ipotesi, l'estremo rigore della risposta punitiva dell'ordinamento giuridico non può che indurre l'interprete ad interrogarsi sull'elemento psicologico dei reati, comportando, in sostanza, due diversi ordini di riflessione: il primo, relativo alla natura della colpa stradale ed alla compatibilità della stessa con la nozione generale di colpa e di reato colposo che emerge dalla lettura degli artt. 42 e 43 c.p.; la seconda, invece, relativa alla comparazione ed alla compatibilità delle previsioni di cui ai nuovi artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. con altre fattispecie colpose.

Per quanto concerne il primo dei profili evidenziati, la previsione da parte del legislatore della riforma di pene così elevate a fronte di ipotesi comunque classificate come colpose muove certamente dal presupposto

che, in caso di c.d. colpa stradale, vi è da parte del soggetto attivo del reato una auto-esposizione a pericolo<sup>8</sup> derivante dalla inosservanza di specifiche regole cautelari di condotta, (quali appunto, quelle relative al divieto di porsi alla guida in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti); atteggiamento psicologico quest'ultimo che sarebbe tale da giustificare un più severo trattamento sanzionatorio.

Tuttavia, non è mancato chi ha osservato come, pur nella consapevolezza delle specifiche esigenze di tutela, le pene previste per i reati in commento risultino, in ogni caso, eccessivamente rigorose laddove poste in relazioni ad ipotesi colpose<sup>9</sup>.

In definitiva, secondo tale orientamento, a fronte dei lamentati eccessi sanzionatori, sembrerebbe potersi affermare che il legislatore della riforma – pur classificando tali ipotesi come colpose – abbia, di fatto, considerato la situazione di “auto-esposizione a pericolo” propria della colpa che caratterizza i nuovi reati stradali come ontologicamente equivalente alla “accettazione del rischio di verificazione dell'evento” che, nella accezione classica, vale a distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente; così finendo, in via di fatto, a punire a titolo di dolo eventuale fattispecie formalmente qualificate dal legislatore come colpose.

A ben vedere, in tal modo, il legislatore della riforma sembrerebbe aver recepito a livello legislativo l'orientamento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, già in alcuni arresti giurisprudenziali antecedenti alla riforma, aveva precisato la configurabilità dei reati di omicidio e lesioni commesse mediante violazione delle norme sulla circolazione stradale anche a titolo di dolo eventuale<sup>10</sup>.

Per quanto concerne, invece, il secondo dei profili evidenziati, ovvero quello relativo alla compatibilità delle previsioni di cui ai nuovi artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. con altre fattispecie di reato colpose, in dottrina<sup>11</sup> è

<sup>8</sup> M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 dicembre 2015, pp. 155 e 156.

<sup>9</sup> Vedi sull'argomento anche ROIATI, *Introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 giugno 2016, pp. 12-14.; nonché MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi e gravissime. Da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 giugno 2007, pp. 1-5 e 16-21; sul punto cfr. anche la posizione espressa dalla Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane nel comunicato del 4 marzo 2016.

<sup>10</sup> Cfr. PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2016, passim; nonché MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi e gravissime. Da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit. pp. 16 e 21. In giurisprudenza *ex plurimis* Cass. pen., sez. fer., 31 ottobre 2008, n. 40878; Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2011, n. 10411; Cass. pen., sez. V, 27 settembre 2012, n. 42973; Cass. pen., sez. I, 11 marzo 2015, n. 18220, Cass. pen., sez. I, 16 settembre 2015, n. 37606.

<sup>11</sup> ROIATI, *Introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 giugno cit., pp. 12 e 13; nonché MASSARO, *Omi-*



stato osservato come le pene previste per i reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali siano sproporzionate ed eccessivamente più elevate rispetto alle pene previste per altre fattispecie di reato colpose, si pensi ad esempio al delitto di omicidio colposo commesso mediante la violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro di cui all'art. 589, comma 2, c.p. che, ad oggi, risulta assoggettato ad un trattamento sanzionatorio più mite (reclusione da 2 a 7 anni, così come l'ipotesi-base dell'omicidio stradale) rispetto alle ipotesi aggravate contemplate dall'art. 589-*bis* c.p. sull'omicidio stradale.

A ben vedere, tale opzione di politica criminale trae origine dalla necessità di restituire una adeguata tutela in relazione allo specifico settore della "circolazione stradale", senza tuttavia tenere in considerazione le esigenze di coerenza ed organicità alle quali dovrebbe risultare ispirata ogni legge di riforma, così dando luogo ad evidenti incongruenze sistematiche, soprattutto laddove si consideri la identità del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici relative all'omicidio stradale ed all'omicidio colposo commesso mediante violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Di tali questioni non è escluso che, in un prossimo futuro, venga investita la Corte Costituzionale in quanto – pur nella consapevolezza che la diversità di trattamento sanzionatorio tra i reati in commento ed altre fattispecie di reato colpose tre origine da specifiche esigenze di tutela – essa genera dubbi in ordine alla conformità ed al rispetto del principio di parità trattamento, quale corollario del più ampio principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 Cost.

---

*cidio stradale e lesioni personali stradali gravi e gravissime. Da un diritto penale " frammentario" a un diritto penale " frammentato", in Diritto Penale Contemporaneo, cit. pp. da 1 a 5.*

a cura di Angelo Pignatelli  
Avvocato

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

## Reformatio in peius della sentenza assolutoria in appello e violazione del diritto all'equo processo

### abstract

*The United Sections, with the test judgment solve a difficult problem in the field of adaptation of our criminal justice system to process standard as interpreted by the Strasbourg Court. The Judges of the Supreme in the forum to answer the question have held that the Appeal Judge, respecting the key principles of the adversarial model, can reform a judgment of acquittal as long repeat the same acquisition cadences oral evidence processed by the court of first instance.*

*In this case, outside the cases of inadmissibility of the appeal, if the applicant has appealed against the ruling on appeal by censoring the lack, the contradictory or illogical reasoning manifests itself with regard to the evaluation of declarative considered decisive evidence, without making specific reference the principle contained in Article. 6, par. 3, letter. d) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Supreme Court should annul the contested judgment with referral.*

### keywords

*Reform acquittal – Infringement of Article 6 Edu – The need the renewal of declarative test.*

### abstract

*Le Sezioni unite, con la sentenza in esame risolvono un delicato problema in materia di adeguamento del nostro sistema penale agli standard del processo così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.*

*I Giudici del Supremo consesso nel rispondere al quesito hanno statuito che il Giudice dell'appello, rispettando i principi cardine del modello accusatorio, può riformare una sentenza assolutoria purché ripercorra le medesime cadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate dal giudice di primo grado.*

*In tal caso, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata.*

### parole chiave

*Riforma sentenza assolutoria – Violazione dell'art. 6 Edu – Necessità di riascoltare i testi.*

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite penali, sent. 06 luglio 2016, (ud. aprile 2016), n. 27620  
**La rilevanza d'ufficio nel giudizio di Cassazione della mancata rinnovazione del dibattimento d'appello**

*L'affermazione di responsabilità dell'imputato pronunciata dal giudice di appello su impugnazione del pubblico ministero, in riforma di una sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. 603 c.p.p., comma 3, integra di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello, ex art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533 c.p.p., comma 1. In tal caso, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata. Gli stessi principi trovano applicazione nel caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile.*

\*\*\*

La questione di diritto rimessa alle Sezioni unite può essere così enunciata: «Se sia rilevabile d'ufficio in sede di giudizio di Cassazione la questione relativa alla violazione dell'art. 6 C.E.D.U. per avere il giudice d'appello riformato la sentenza assolutoria di primo grado affermando la responsabilità penale dell'imputato esclusivamente sulla base di una diversa valutazione di attendibilità delle dichiarazioni di testimoni senza procedere a nuova escussione degli stessi».

I Giudici del Supremo consesso, prima di fornire la risposta al quesito, evidenziano che l'ordinanza di rimessione della Seconda Sezione ha rilevato che il rovesciamento dell'esito del giudizio assolutorio di primo grado è operato dal giudice di appello solo su una diversa valutazione delle prove dichiarative raccolte in primo grado, per cui la riforma *in peius* essendo avvenuta senza rinnovazione delle medesime prove, si pone in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte C.E.D.U., che ha affermato che, in forza dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. d), C.E.D.U., un simile esito, salve circostanze "eccezionali", postula necessariamente la nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione.

La questione si è posta in quanto il ricorrente, nella fattispecie, non ha dedotto nei suoi motivi la violazione del parametro di legalità convenzionale, per cui alle Sezioni unite è stato demandato il compito di decidere se tale vizio della sentenza, in quanto risultante dallo sviluppo del procedimento, potesse essere comunque rilevata d'ufficio.

Sul punto sono stati segnalati dall'ordinanza di l'esistenza di due orientamenti contrastanti.

Secondo una prima impostazione, che si è espressa in senso negativo, presupposto per rilevare la violazione dell'art. 6 C.E.D.U. è che l'imputato abbia esperito il ricorso a tutti i rimedi offerti dall'ordinamento processuale; situazione che non ricorre quando non vi sia stata richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e quando non sia stata impugnata la decisione di appello per mancato rispetto del parametro convenzionale, riconducibile a una violazione di legge da far valere ex art. 606 c.p.p., comma 1, lett. c)<sup>1</sup>.

Un secondo contrario orientamento, secondo il quale, la violazione in questione è rilevabile d'ufficio ex art. 609 c.p.p., comma 2, dato che il presupposto del previo esaurimento dei rimedi interni va applicato senza eccessivo formalismo, essendo sufficiente che la parte abbia impugnato la decisione ad essa sfavorevole, e dovendosi considerare che le norme della C.E.D.U. hanno natura sovralegislativa, seppure

<sup>1</sup> A sostegno di questo primo orientamento leggesi sez. 1, sent. 09 giugno 2015, n. 26860, Bagarella, Rv. 263961; sez. 5, sent. 20 novembre 2013, n. 51396 Basile, Rv. 257831; sez. 4, sent. 19 novembre 2013, dep. 2014, n. 18432, Spada, Rv. 261920.

sub-costituzionale, tanto che il condannato potrebbe comunque ricorrere alla Corte C.E.D.U. facendo valere la violazione dell'art. 6; dal che discenderebbe un dovere del giudice nazionale di ricondurre il processo alla legalità convenzionale pur in mancanza di una specifica deduzione di parte<sup>2</sup>.

Le Sezioni unite risolvono il quesito affermando di non condividere né l'uno né l'altro dei due orientamenti contrapposti.

Infatti per i Supremi Giudici nell'ambito della questione del rapporto tra parametri convenzionali e norme interne, affermano che, il primo dovere dell'interprete è di verificare se è effettivamente riscontrabile un contrasto tra norme interne delle quali debba farsi applicazione nel caso concreto e norme C.E.D.U., o se, invece, la disciplina nazionale sia in linea, anche attraverso una "interpretazione adeguatrice", con quella convenzionale.

In quest'ultima ipotesi, chiariscono i Supremi Giudici, non può evidentemente sorgere alcun problema dall'applicazione della norma interna, mentre, nel caso di accertato insanabile contrasto, tale norma è soggetta al sindacato di costituzionalità ex art. 117 Cost., per violazione della norma convenzionale interposta, essendo escluso che possa direttamente farsi applicazione di quest'ultima obliterando il contrario disposto di una norma interna.<sup>3</sup>

Altro aspetto, anch'esso definitivamente esplorato, è quello della forza vincolante della giurisprudenza della Corte C.E.D.U. nei confronti del giudice nazionale.

Data la natura eminentemente casistica di tali sentenze, che per di più si riferiscono a una pluralità di ordinamenti, il vincolo per il giudice nazionale sussiste esclusivamente con riguardo a un orientamento convenzionale "consolidato" ovvero a una decisione "pilota" in senso stretto, la quale, cioè, con riferimento a un determinato ordinamento nazionale, ne evidenzia lacune o contrasti strutturali con la C.E.D.U.<sup>4</sup>

Si tratta di approdi ampiamente acquisiti, che le Sezioni unite, non hanno alcuna ragione di dover ripercorrere ulteriormente.

Ciò che risulta oggetto della questione in oggetto è la giurisprudenza della Corte C.E.D.U., assunta a particolare risalto a seguito della decisione Dan c. Moldavia del 05/11/2011 (ma che in realtà trova

<sup>2</sup> Sostengono questo diverso indirizzo sez. 1, sent. 03 marzo 2015, n. 24384, Mandarino, Rv. 263896; sez. 3, sent. 20 gennaio 2015, n. 19322, Ruggeri, Rv. 263513; sez. 3, sent. 12 novembre 2014, n. 11648, P., dep. 2015, Rv. 262978; sez. 2, sent. 10 ottobre 2014, n. 677, dep. 2015, Di Vincenzo, Rv. 261555; cui adde, non menzionata dall'ordinanza, sez. 5, sent. 24 febbraio 2015, n. 25475, Prestanicola, Rv. 263902).

<sup>3</sup> Sul punto vengono richiamati ad esempio, i due recenti casi di incidente di costituzionalità promosso dalle Sezioni unite penali con le ordinanze n. 41694 del 18 ottobre 2012, Nicosia, e n. 34472 del 19 aprile 2012, Ercolano.

<sup>4</sup> Si legga per tutte, da ultimo, Corte Cost., sent. n. 49 del 2015.

espressione in precedente pronunce, a partire dal caso Bricmont c. Belgio del 07/07/1989, e poi, *ex plurimis*, nei casi Costantinescu c. Romania del 27/06/2000; Sigurpor Arnarsson c. Islanda del 15/07/2003; Destrehem c. Francia del 18/05/2004; Garda Ruiz c. Spagna del 21/01/2006), secondo cui, l'affermazione nel giudizio di appello della responsabilità dell'imputato prosciolti in primo grado sulla base di prove dichiarative è consentita solo previa nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione, a pena di violazione dell'art. 6 C.E.D.U., e in particolare del par. 3, lett. d), che assicura il diritto dell'imputato di "esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico"<sup>5</sup>

Nell'ambito della giurisprudenza appena indicata, assumono un particolare rilievo, sottolinea il Supremo Consesso, le decisioni con le quali si afferma che la lesione della norma convenzionale si verifica anche nella ipotesi in cui, come nel presente processo, né l'imputato né il suo difensore abbiano sollecitato una nuova escussione dei testimoni.<sup>6</sup>

Questo consolidato indirizzo si pone in perfetta consonanza con la giurisprudenza interna.<sup>7</sup>

Sul particolare dovere di motivazione, che incombe sul giudice di appello che affermi la responsabilità dell'imputato già prosciolto in primo grado si erano già pronunziate sez. un. n. 45276 del 30 ottobre 2003, Andreotti, Rv. 226093, poi ribadito e ulteriormente precisato da sez. un., n. 33748 del 12 luglio 2005, Mannino, Rv. 231679,<sup>8</sup>

Sulla stessa linea degli orientamenti espressi dalla sentenza Mannino, si era adeguata anche la sez. 6, 20 aprile 2005, dep. 2006, n. 6221 Aglieri, Rv. 233083, la quale aveva affermato che "la sentenza di appello di riforma totale del giudizio assolutorio di primo grado deve confutare specificamente, pena altrimenti il vizio di motivazione, le ragioni poste dal primo giudice a sostegno della decisione assolutoria, dimostrando puntualmente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza

<sup>5</sup> Più recentemente sul punto leggesi Manolachi c. Romania del 05 marzo 2013; Flueraș c. Romania del 09 aprile 2013.

<sup>6</sup> In tal senso, da ultimo, Hanu c. Romania del 04 giugno 2013; e, ancor prima, Botten c. Norvegia del 19 febbraio 1996; Danila c. Romania del 08 marzo 2007; Gaitanaru c. Romania del 26 giugno 2012; Flueraș c. Romania, cit.).

<sup>7</sup> Per tale constatazione, con conseguente dichiarazione di manifesta infondatezza di una questione di costituzionalità dell'art. 603 c.p.p., sollevata per contrasto con l'art. 117 Cost., v. sez. 2, 08 novembre 2012, n. 46065, Consagra, Rv. 254726).

<sup>8</sup> Il principio espresso dalle Sezioni unite Mannino statuiva che il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato.

di primo grado, anche avuto riguardo ai contributi eventualmente offerti dalla difesa nel giudizio di appello, e deve quindi corredarsi di una motivazione che, sovrapponendosi pienamente a quella della decisione riformata, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati".

Successivamente, per effetto del rilievo dato alla introduzione del canone "al di là di ogni ragionevole dubbio", inserito nell'art. 533 c.p.p., comma 1 ad opera della L. 20 febbraio 2006, n. 46<sup>9</sup> si è più volte avuto modo di puntualizzare che nel giudizio di appello, per la riforma di una sentenza assolutoria, non basta, in mancanza di elementi sopravvenuti, una mera diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, occorrendo una "forza persuasiva superiore", tale da far venire meno "ogni ragionevole dubbio".<sup>10</sup>

Segnalano i Giudici delle Sezioni unite che proprio traendosi ispirazione ed argomenti dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di c.d. "overtuning", si è progressivamente venuto a consolidare l'orientamento, secondo cui il giudice di appello non può pervenire a condanna in riforma della sentenza assolutoria di primo grado basandosi esclusivamente o in modo determinante su una diversa valutazione delle fonti dichiarative delle quali non abbia proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603 c.p.p., comma 3, a una rinnovata assunzione.<sup>11</sup>

È questo il consolidato orientamento che secondo i Giudici del Supremo Consesso merita di essere ribadito in quanto è in linea con l'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, concepita dal legislatore del 1988, in aderenza ai criteri direttivi

<sup>9</sup> Il principio in Giurisprudenza era stato già richiamato quale inderogabile regola di giudizio dalla nota sentenza a sez.un., 10 luglio 2002, n. 30328 Franzese, Rv. 222139.

<sup>10</sup> *Ex plurimis*, sez. 3, 27 novembre 2014, dep. 2015, n. 6817, S., Rv. 262524; sez. 1, 05 dicembre 2013, dep. 2014, n. 12273, Ciaramella, Rv. 262261; sez. 6, 22 ottobre 2013, n. 45203, Paparo, Rv. 256869; sez. 2, 08 novembre 2012, dep. 2013, n. 11883, Berlingeri, Rv. 254725; sez. 6, 24 gennaio 2013, Farre, n. 8705, Rv. 254113; sez. 6, 10 luglio 2012, n. 46847, Aimone, Rv. 253718; posto che, come incisivamente notato da sez. 6, 03 novembre 2011, n. 40159, Galante, "la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza" (in motivazione, a p. 3).

<sup>11</sup> Tra molte, sia pure con varie specificazioni, si vedano sez. 6, 06 ottobre 2015, n. 47722, Arcone, Rv. 265879; sez. 5, 13 marzo 2015, n. 29827 Petrusic, Rv. 265139; sez. 5, 30 settembre 2014, n. 52208 Marino, Rv. 262115; sez. 6, 23 settembre 2014, n. 44084 Mihasi, Rv. 260623; sez. 2, 16 settembre 2014, dep. 2015, n. 6403 Preite, Rv. 262674; sez. F, 11 settembre 2014, n. 53562, Lembo, Rv. 261541; sez. 2, 15 ottobre 2013, n. 45971, Corigliano, Rv. 257502; sez. 5, 25 settembre 2013, n. 47106, Donato, Rv. 257585; sez. 3, 05 giugno 2013, n. 32798, N.S., Rv. 256906; sez. 6, 26 febbraio 2013, n. 16566, Caboni, Rv. 254623; sez. 5, 05 luglio 2012, n. 38085, Luperi, Rv. 253541.

della legge-delega del 1987 (art. 2/94), come istituto di carattere residuale.<sup>12</sup>

Tuttavia, la complessa disciplina della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, non contempla l'ipotesi in cui il giudice di appello interpreti le risultanze di prove dichiarative in termini antitetici alle conclusioni assunte in primo grado.

In questo caso, mentre il ribaltamento in senso assolutorio del giudizio di condanna operato dal giudice di appello pur senza rinnovazione della istruzione dibattimentale è perfettamente in linea con "la presunzione di innocenza", presidiata dai criteri di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p. diversamente è da dire nell'ipotesi inversa.

Poiché nel nostro ordinamento processuale – che ha prescelto a statuto cognitivo fondante del processo penale il modello accusatorio, ispirato ai principi fondamentali della "oralità della prova, della immediatezza della sua formazione davanti al giudice chiamato a decidere e della dialettica delle parti nella sua formazione" – il giudice di appello, che ripete tutti i poteri decisori da quello di primo grado, e non ha di per sé, in base alla sua costituzione e all'ordinamento giudiziario, una "autorevolezza maggiore" di quello, può vedersi attribuita la legittimazione a ribaltare un esito assolutorio, sulla base di un diverso apprezzamento delle fonti dichiarative direttamente assunte dal primo giudice, solo a patto, che nel giudizio di appello si ripercorrano le medesime cadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado.

Deve, infatti riconoscersi che, nel modello di giudizio ordinario, "contraddittorio", "oralità", "immediatezza" nella formazione della prova e "motivazione" del giudice di merito sono entità strettamente correlate.

In questo quadro ricostruttivo dei valori sottesi al processo penale, dovere di motivazione rafforzata da parte del giudice della impugnazione in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, canone "al di là di ogni ragionevole dubbio", dovere di rinnovazione della istruzione dibattimentale e limiti alla *reformatio in pejus* – per le Sezioni unite – si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale.

Ne discende che, nel caso di appello proposto contro una sentenza di assoluzione fondata su prove dichiarative (assunte nel corso del dibattimento ma eventualmente anche in sede di incidente probatorio), la rinnovazione della istruzione dibattimentale si profila come "assolutamente necessaria" ex art. 603 c.p.p., comma 3: tale presupposto, infatti, al di là dei casi di incompletezza del quadro probatorio, si collega, più generalmente, alla esigenza che il convincimento del giudice di appello, nei casi in cui sia in questione il principio del "ragionevole dubbio", replichi l'anda-

mento del giudizio di primo grado, fondandosi su prove dichiarative direttamente assunte.

Secondo i Giudici Ermellini, in pieno accordo con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte C.E.D.U. sopra richiamata, si deve concludere nel senso che, fermi restando i limiti derivanti dal dovere di immediata declaratoria di cause di non procedibilità o di estinzione del reato, ex art. 129 c.p.p., comma 1, il giudice di appello, investito dalla impugnazione del pubblico ministero, che si dolga dell'esito assolutorio di primo grado adducendo una erronea valutazione sulla conclusione delle prove dichiarative, non può riformare la sentenza impugnata, nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603 c.p.p., comma 3, a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti, che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.

Si tratta, di una conclusione perfettamente in linea con la proposta di introduzione di una esplicitazione di un simile dovere del giudice di appello, nell'ambito di un apposito comma (4-*bis*) da inserire nell'art. 603 c.p.p., formulata dalla Commissione ministeriale istituita con decreto del 10 giugno 2013, per la elaborazione di interventi in tema di processo penale. E la mancanza di una formale previsione al riguardo, non è di ostacolo a ricavare la regola in via di interpretazione sistematica, avuto riguardo alle linee ermeneutiche di sistema sopra tracciate, cui la stessa Commissione si era del resto ispirata come *jus receptum*.

L'esigenza di rinnovazione della prova dichiarativa, non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante, sia esso testimone "puro" (art. 197 c.p.p.) o testimone "assistito" (art. 197-*bis* c.p.p.), dichiarazioni di coimputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.) o di coimputato nello stesso procedimento (art. 503 c.p.p.), fermo restando, che l'eventuale rifiuto di sottoporsi ad esame non potrà comportare conseguenze pregiudizievoli, per l'imputato prosciolti in primo grado, cui va conservato il diritto di confrontarsi con la prova dichiarativa, la quale, nella valutazione del primo giudice, non era stata considerata concludente per l'affermazione della sua responsabilità penale.

Discorso analogo è da fare, per le dichiarazioni rese dall'imputato in causa propria<sup>13</sup>: fermo restando che, ove anche su esse si sia basata la pronuncia assolutoria, dovendo in tal caso il giudice di appello promuovere un nuovo esame dell'imputato, dal rifiuto di questo di sottoporvisi non potrebbe conseguire, evidentemente, alcuna preclusione all'accoglimento della impugnazione, perché ciò equivarrebbe ad attribuire all'imputato

<sup>12</sup> Si esprimeva in termini di "eccezionalità" sez. un., 24 gennaio 1996, n. 2780, Panigoni).

<sup>13</sup> Vedi sul punto Corte EDU, sez. 3, 14 gennaio 2014, Cipleu c. Romania

il potere di condizionare potestativamente l'esito del processo.

È il caso poi, di precisare che, a non dissimile appredo deve coerentemente pervenirsi nel caso di impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito del giudizio abbreviato, ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante; dovendo il giudice di appello porre in essere i poteri di integrazione probatoria adottabili anche in questo speciale rito (*ex* Corte cost., sent. n. 470 del 1991); ed essendo irrilevante che gli apporti dichiarativi siano stati valutati in primo grado sulla base dei soli atti di indagine ovvero a seguito di integrazione probatoria a norma dell'art. 438 c.p.p., comma 5, o dell'art. 441 c.p.p., comma 5.<sup>14</sup>

Inoltre, lo stesso è da dire, nella ipotesi in cui il rovesciamento della pronuncia di assoluzione di primo grado sia sollecitata nella prospettiva degli interessi civili, a seguito di impugnazione della sola parte civile<sup>15</sup> essendo anche in questo caso, in gioco la garanzia del giusto processo a favore dell'imputato coinvolto in un procedimento penale, dove i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscono distinzioni a seconda degli interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica; tanto che anche in un contesto di impugnazione ai soli effetti civili, deve ritenersi attribuito al giudice il potere-dovere di integrazione probatoria di ufficio *ex* art. 603 c.p.p., comma 3.

I Giudici del Supremo Collegio, sottolineano come, anche se la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile, ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare, salva l'applicabilità nel giudizio di appello dell'art. 467 c.p.p. per l'assunzione urgente delle prove "non rinviabili", non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*.

Anche per quanto riguarda, in particolare, la figura del soggetto vulnerabile (come per i minori, soprattutto se vittime di reati) non sussistono valide ragioni per ritenere inapplicabile, la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio.

Peraltro, in questa speciale situazione è rimessa al giudice, la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria.

I Supremi Giudici, infine, analizzano anche il presupposto della "decisività" delle prove dichiarative, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione, chiarendo che, ai fini della presente decisione, tale nozione non può ridursi a quella presa in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al caso di ricorso di cui all'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. d), secondo cui per "prova decisiva" deve intendersi quella che, ove esperita, avrebbe "sicuramente" determinato una diversa pronuncia.<sup>16</sup>

Questa giurisprudenza, si è infatti focalizzata sulla ipotesi, testualmente prevista dal citato caso di ricorso, in cui la mancata assunzione derivi da un rigetto, anche implicito, di una richiesta della parte, "limitatamente ai casi previsti dall'art. 495 c.p.p., comma 2", che è espressione del diritto alla prova (a carico o di scarico) in un contesto in cui il dibattimento di primo grado è alle battute iniziali.

Nello scenario qui preso in esame, invece, il giudice di appello deve prendere in considerazione non prove "negate" ma prove "da riassumere", il cui contenuto rappresentato vo si era già completamente dispiegato in primo grado, e ha dunque già formato oggetto della decisione impugnata, che proprio su esso ha fondato l'esito assolutorio.

Ne discende che, ai fini della valutazione del giudice di appello, investito di una impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione, devono ritenersi prove dichiarative "decisive" quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello, nell'alternativa "proscioglimento-condanna".

Appaiono parimenti "decisive" quelle prove dichiarative che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna.

Non potrebbe invece ritenersi "decisivo" un apporto dichiarativo il cui valore probatorio, che in sé considerato non possa formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste, nella valutazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione della responsabilità.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Si è espressa in senso contrario, ma sulla sola base delle indicazioni desumibili dalle fattispecie considerate dalla giurisprudenza della Corte EDU e senza valorizzazione del principio del ragionevole dubbio, da ritenere di carattere "generalissimo", sez. 2, 23 maggio 2014, n. 33690, De Silva, Rv. 260147).

<sup>15</sup> In questo ordine di idee, sez. 6, 11 giugno 2013, n. 37592, Monna, Rv. 256332

<sup>16</sup> Fra le tante, sez. 4, 23 gennaio 2014, n. 6783 Di Meglio, Rv. 259323).

<sup>17</sup> Per questo ordine di idee, v. sez. 6, 06 ottobre 2015, n. 47722, Arcone, Rv. 265879; sez. 2, 22 settembre 2015, n. 41736, Di Trapani, Rv. 264682; sez. 3, 18 settembre 2014, n. 45453 P., Rv. 260867; sez. 6, 01 luglio 2014, dep. 2015, n. 18456 Marziali, Rv. 263944

Neppure può ravvisarsi la necessità della rinnovazione della istruzione dibattimentale qualora della prova dichiarativa non si discuta il contenuto probatorio, ma la sua qualificazione giuridica, come nel caso di dichiarazioni ritenute dal primo giudice come necessitanti di riscontri *ex art. 192 c.p.p.*, commi 3 e 4, e inquadrabili dall'appellante in una ipotesi di testimonianza pura.<sup>18</sup>

Per contro non rileva, ai fini della esclusione della doverosità della riassunzione della prova dichiarativa, che il contenuto di essa, come raccolto in primo grado, non presenti "ambiguità" o non necessiti di "chiarimenti" o "integrazioni",<sup>19</sup> proprio in quanto una simile valutazione, che compisse il giudice di appello fonderebbe non su un apprezzamento diretto della fonte dichiarativa ma sul resoconto documentale di quanto registrato in primo grado, con ciò venendosi a riprodurre il vizio di un apprezzamento meramente cartolare degli elementi di prova su cui il giudice di appello è chiamato dall'appellante a trarre il convincimento di un esito di condanna.

Ciò posto, per il Supremo Consesso, l'evenienza del mancato rispetto da parte del giudice di appello del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una *reformatio in pejus* va inquadrata non nell'ambito di una violazione di legge ma in quello di un vizio di motivazione.

Con riferimento al caso sottoposto alle Sezioni unite, sia di tutta evidenza come la mancata rinnovazione della istruzione dibattimentale non rilevi di per sé, ma solo in quanto la sentenza di appello abbia operato *ex actis* un ribaltamento della decisione assolutoria di primo grado sulla base di una diversa lettura delle prove dichiarative.

È quindi solo l'esito di condanna del giudizio di appello e, in primo luogo, la motivazione della relativa sentenza ad essere potenzialmente censurabile.<sup>20</sup>

Per valutare se, in tale evenienza, la sentenza di appello sia viziata, insegnano i Giudici dell'Alta Corte, occorre apprezzarne il contenuto, dal quale dovrà desumersi:

- a) se sia stata espressa nella motivazione della sentenza una valutazione *contra reum* delle fonti dichiarative;
- b) se tale diversa valutazione sia in contrasto con quella resa dal giudice di primo grado;
- c) se essa sia stata decisiva, nel senso sopra precisato, ai fini dell'affermazione della responsabilità;

d) se essa sia stata assunta senza procedere a una rinnovazione dell'esame delle fonti dichiarative.

Occorre, beninteso, che l'imputato nell'atto di ricorso – come avvenuto nel presente procedimento – attacchi il punto della sentenza contenente l'affermazione della responsabilità penale e si dolga di una errata valutazione delle risultanze probatorie mediante un "valido" ricorso per cassazione; il quale non sia viziato, cioè, da connotati di globale inammissibilità; essendo per contro del tutto irrilevante che faccia specifico riferimento alla violazione della regola di cui all'art. 603 c.p.p., comma 3, alla luce della giurisprudenza della Corte C.E.D.U., una volta che tale vizio, come detto, si riverbera sulla motivazione della sentenza.

Alla luce delle suesposte argomentazioni i Giudici delle Sezioni unite enunciano i seguenti principi di diritto.

«I principi contenuti nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte C.E.D.U., pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione ("convenzionalmente orientata") ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne».

«La previsione contenuta nell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativa al diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte C.E.D.U., la quale costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne, implica che, nel caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata, nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603 c.p.p., comma 3, a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado».

«L'affermazione di responsabilità dell'imputato pronunciata dal giudice di appello su impugnazione del pubblico ministero, in riforma di una sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. 603 c.p.p., comma 3, integra di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello, *ex art. 606 c.p.p.*, comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533 c.p.p., comma 1. In tal caso, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impu-

<sup>18</sup> V. in tal senso sez. 3, 24 settembre 2015, n. 44006, B., Rv. 265124

<sup>19</sup> Sul punto vedi invece, per tale limitazione, sez. 3, 05 giugno 2013, n. 32798, N.S., Rv. 256906

<sup>20</sup> Cfr., per tutte, sez. 2, 15 settembre 2015, n. 48630, Pircher, Rv. 265323; sez. 6, 22 ottobre 2014, dep. 2015, n. 1400, PR., Rv. 261799; sez. 6, 28 novembre 2013, dep. 2014, n. 1256, Cozzetto, Rv.258236.

gnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte di Cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata».

«Gli stessi principi trovano applicazione nel caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile».



## Rassegna di legittimità

### Giudizio – Atti preliminari al dibattimento – Esami a richiesta di parte – Deposito della lista – In genere – Termine – Rinvio del dibattimento a nuovo ruolo o a udienza fissa – Successivo deposito delle liste – Possibilità – Limiti – Fattispecie

*Il termine di presentazione della lista dei testimoni per il dibattimento va riferito alla prima udienza di trattazione e non anche alle successive udienze di rinvio; ne consegue che la parte riacquista il diritto di presentare la propria lista soltanto nell'ipotesi in cui il dibattimento sia stato rinviato a nuovo ruolo o ad udienza fissa prima dell'apertura del dibattimento, purché la posizione dell'imputato non sia stata comunque trattata alla prima udienza. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la pronuncia impugnata che aveva ritenuto la tardività del deposito della lista atteso che, pur essendo stato disposto il rinvio prima dell'apertura del dibattimento, il giudice aveva verificato la regolare costituzione dell'imputato dichiarandolo contumace).*

Cass., sez. 6, sentenza 17 maggio 2016, n. 26048 (dep. 22 giugno 2016) Rv. 266975  
Pres. Citterio, Rel. Ricciarelli, Imp. Gandini, P.M. Canevelli (Conf.)  
(Annulla con rinvio, App. Milano, 17 giugno 2015)

### Impugnazioni – In genere – "Abolito criminis" – Sentenza di condanna per un reato abrogato dal d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 – Cognizione del giudice dell'impugnazione sulle statuizioni civili – Preclusione

*In caso di impugnazione di sentenza di condanna relativa ad una delle fattispecie criminose abrogate dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice dichiara che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, senza poter decidere in merito alle collegate statuizioni civili che, pertanto, devono essere revocate.*

Cass., sez. 2, sentenza 9 giugno 2016, n. 26071 (dep. 22 giugno 2016) Rv. 267003  
Pres. Cammino, Rel. Tutinelli, Imp. Rossi e altro, P.M. Delehay (Diff.)  
(Annulla senza rinvio, App. Napoli, 20 maggio 2014)

### Misure cautelari – Personali – Estinzione – In genere – Istanza di revoca o sostituzione di misure cautelari coercitive – Obbligo di notifica alla persona offesa ex art. 299, comma quarto bis, c.p.p. – Estensione alle richieste di applicazione della misura con modalità meno gravose – Sussistenza – Fattispecie

*L'obbligo di notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari coercitive (diverse dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla p.g.) applicate nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, previsto a pena di inammissibilità dall'art. 299, comma quarto bis, cod. proc. pen., si estende anche al caso in cui la richiesta abbia ad oggetto il mutamento delle modalità esecutive delle misure coercitive. (Fattispecie relativa alla modifica del luogo di esecuzione dell'obbligo di dimora).*

Cass., sez. 6, sentenza 16 giugno 2016, n. 27975 (dep. 06 luglio 2016) Rv. 267131  
Pres. Petruzzellis, Rel. Villoni, Imp. Pm in proc. Amri Ghalia ed altri, P.M. Marinelli (Diff.)  
(Rigetta, Trib. lib. Brescia, 19 aprile 2016)

### Misure cautelari – Personali – Estinzione – Termine di durata massima della custodia cautelare – In genere – Fermo di indiziato di delitto – Termine di fase – Dichiarazione di incompetenza – Computo – "Dies a quo" – Provvedimento che dispone la trasmissione degli atti

*Nel caso di misura cautelare emessa da giudice incompetente all'esito dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo, il termine di fase della custodia cautelare comincia a decorrere dalla data di emissione del provvedimento che dispone la trasmissione degli atti al giudice competente e non da quello di esecuzione del fermo o dell'arresto, o da quello in cui viene emessa la nuova misura cautelare ai sensi dell'art. 27 c.p.p.*

Cass., sez. 6, sentenza 17 maggio 2016, n. 25713 (dep. 21 giugno 2016) Rv. 267069  
Pres. Citterio, Rel. Mogini, Imp. Cosentino, P.M. Canevelli (Conf.)  
(Rigetta, Trib. lib. Reggio Calabria, 30 ottobre 2015)

## Nullità – In genere – Dibattimento – Genericità o indeterminatezza del capo di imputazione – Conseguenze – Nullità del decreto introduttivo del giudizio – Previa sollecitazione al P.M. per l'integrazione e precisazione dell'accusa – Necessità – Esclusione – Ragioni

*In caso di genericità o indeterminatezza del fatto descritto nel capo di imputazione, il giudice del dibattimento deve dichiarare la nullità del decreto che dispone il giudizio, ai sensi dell'art. 429, comma secondo c.p.p. (o del decreto di citazione a giudizio, ai sensi dell'art. 552, comma secondo, dello stesso codice), senza alcuna previa sollecitazione, rivolta al pubblico ministero, ad integrare o precisare la contestazione, non essendo estensibile, alla fase dibattimentale, il meccanismo correttivo che consente al giudice dell'udienza preliminare di sollecitare il P.M. alle opportune precisazioni e integrazioni, indicandogli, con ordinanza interlocutoria, gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche alla base del rilevato difetto dell'imputazione.*

Cass., sez. 6, sentenza 12 maggio 2016, n. 23832 (dep. 08 giugno 2016) Rv. 267035

Pres. Rotundo, Rel. Citterio, Imp. P.M. in proc. De Meo e altri, P.M. Galli (Diff.)

(Rigetta, Trib. L'Aquila, 21 gennaio 2016)

## Persona giuridica – Società – In genere – Responsabilità da reato degli enti – Prescrizione dell'illecito dell'ente – Questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 del d.lgs. n. 231 del 2001 per contrasto con gli artt. 3, 24, comma secondo, 111 Cost. – Manifesta infondatezza

*È manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 d.lgs. n. 231 del 2001, per asserito contrasto con gli artt. 3, 24, comma secondo, e 111 Cost., in relazione alla presunta irragionevolezza della disciplina della prescrizione prevista per gli illeciti commessi dall'ente-imputato rispetto a quella prevista per gli imputati-persone fisiche, atteso che la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità "ex delicto" di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione.*

Cass., sez. 6, sentenza 10 novembre 2015, n. 28299 (dep. 07 luglio 2016) Rv. 267047

Pres. Milo, Rel. Fidelbo, Imp. Bonomelli e altri, P.M. Canevelli (Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Milano, 24 ottobre 2013)

## Reati contro il patrimonio – Delitti – Appropriazione indebita – In genere – Bene detenuto in leasing – Consumazione del reato – Fattispecie

*Il reato di appropriazione indebita di un bene in "leasing" è integrato dalla mera interversione del possesso, che si manifesta quando l'autore si comporta "uti dominus" non restituendolo senza giustificazione, così da evidenziare in maniera incontrovertibile anche l'elemento soggettivo del reato, e non da quando il contratto deve intendersi risolto a causa dell'inadempimento nel pagamento dei canoni. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione di condanna dell'imputato, al quale era stato notificato l'avviso di risoluzione del contratto e la conseguente intimazione a restituire il veicolo oggetto della locazione finanziaria).*

Cass., sez. 2, sentenza 31 maggio 2015, n. 25288 (dep. 17 giugno 2016) Rv. 267114

Pres. Prestipino, Rel. Recchione, Imp. Trovato, P.M. Gaeta (Parz. Diff.)

(Dichiara inammissibile, App. Catania, 17 febbraio 2015)

## Reati contro la fede pubblica – Delitti – Falsità in atti – In genere – Falso materiale in atto pubblico commesso da privato – Alterazione di elementi accessori dell'atto – Falso innocuo o irrilevante – Configurabilità – Esclusione – Ragioni

*In tema di falso materiale commesso dal privato in atto pubblico, l'alterazione di elementi accessori dell'atto, diversi da quelli che attengono al contenuto tipico dell'attestazione, non configura un falso innocuo o irrilevante, in quanto tutte le componenti inserite nel documento ripetono da questo la loro idoneità funzionale ad asseverare l'esistenza di quanto indicato, in particolare laddove tali componenti accessorie siano inserite proprio per provare i fatti da esse rappresentati.*

Cass., sez. 6, sentenza 3 giugno 2016, n. 28303 (dep. 07 luglio 2016) Rv. 267094

Pres. Conti, Rel. Corbo, Imp. Masè, P.M. Galli (Conf.)

(Rigetta, App. Trento, 31 ottobre 2014)

## Reati contro la moralità pubblica e il buon costume – Prostituzione – Sfruttamento – Offerta ad un terzo di prestazioni sessuali di una donna consenziente – Richiesta di denaro quale corrispettivo – Inconsapevolezza della richiesta di denaro da parte della donna – Sussistenza del reato – Esclusione – Ragioni

*Non integra il reato di sfruttamento della prostituzione la condotta di colui che offre ad un terzo, in cambio di denaro, l'opportunità di avere rapporti sessuali con una donna, non prostituta che, consenziente al rapporto sessuale, sia, tuttavia, inconsapevole della richiesta di denaro quale corrispettivo delle sue prestazioni. (In motivazione, la Corte*

*ha precisato che l'atto sessuale diventa atto di prostituzione solo quando il soggetto che fornisce la prestazione assegna alla dazione del proprio corpo una funzione strumentale alla percezione di un'utilità che, anche se corrisposta ad un terzo, richiede l'accordo o, quantomeno, la consapevolezza del fornitore della prestazione).*

Cass., sez. 3, sentenza 11 giugno 2015, n. 28196 (dep. 07 luglio 2016) Rv. 267049

Pres. Franco, Rel. Grillo, Imp. D., P.M. Canevelli (Parz. Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Bologna, 11 marzo 2014)

**Reato - Causalità (rapporto di) - In genere - Responsabilità per omissione - Sussistenza del nesso di causalità - Alto grado di probabilità statistica - Sufficienza - Esclusione - Elevato grado di credibilità razionale - Necessità - Accertamento - Criteri - Fattispecie**

*Nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, che a sua volta deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione logica basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto. (Fattispecie in cui la S.C. ha escluso il nesso causale tra la condotta omissiva addebitata all'ingegnere progettista e direttore dei lavori di realizzazione di un nuovo tetto di un fabbricato - individuata nella mancata effettuazione di una preliminare valutazione delle condizioni statiche dell'edificio, sia nello stato di fatto che in quello post-intervento - e la morte e le lesioni occorse agli abitanti del palazzo, interamente collassato in occasione del terremoto, non avendo il giudice di merito chiarito le ragioni in base alle quali ritenere che, informata sullo stato di fragilità del fabbricato e sulla sua scarsa capacità di resistenza alle azioni sismiche, l'assemblea condominiale avrebbe sicuramente deliberato l'effettuazione di non meglio precisati interventi di consolidamento strutturale dell'intero edificio, ovvero che, in mancanza di tale delibera, i singoli condomini avrebbero certamente abbandonato per mesi l'edificio, allertati dalle prime scosse sismiche).*

Cass., sez. 4, sentenza 1 giugno 2016, n. 28571 (dep. 08 luglio 2016) Rv. 266945

Pres. D'Isa, Rel. Montagni, Imp. De Angelis, P.M. Policastro (Diff.)

(Annulla senza rinvio, App. L'Aquila, 10 febbraio 2015)

**Reato - Reato continuato - Pena - Recidiva reiterata - Giudizio di equivalenza con le attenuanti - Applicazione dell'aumento nella misura prevista dall'art. 81, comma 4, c.p. - Obbligatorietà**

*In tema di reato continuato, il limite di aumento di pena non inferiore ad un terzo di quella stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, comma quarto, c., nei confronti dei soggetti ai quali è stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, c.p., opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti.*

Cass., sez. un., sentenza 23 giugno 2016, n. 31669 (dep. 21 luglio 2016) Rv. 267044

Pres. Canzio, Rel. Ramacci, Imp. P.G. in proc. Filosofi, P.M. Stabile (Conf.)

(Annulla con rinvio, Trib. Bergamo, 12 febbraio 2015)

## Rassegna di merito

### CODICE PENALE

#### Abuso di ufficio: delibere consiglio comunali – Approvazione piano regolatore generale – Dovere astensione dei consiglieri – Esclusione

(art. 323 c.p.)

*In tema di abuso di ufficio commesso in relazione ad atti collegiali e di contenuto generale e, nello specifico, con riguardo alle deliberazioni del consiglio comunale, i consiglieri non hanno il dovere di astenersi dalla delibera di approvazione del piano regolatore generale, trattandosi di un atto finale di un procedimento complesso in cui vengono valutati, ponderati e composti molteplici interessi, sia individuali che pubblici, sicchè il voto da loro espresso non riguarda la destinazione della singola area o la specifica prescrizione, ma il contenuto generale del provvedimento, cioè l'assetto territoriale nel suo complesso: ne discende che, rispetto all'approvazione di siffatta delibera non si può ritenersi sussistente in capo al consigliere comunale il dovere di astenersi.*

Tribunale Avellino, II sez., sentenza 17 giugno 2016, n. 2372, Pres. Est. Cassano

#### Abuso di ufficio: approvazione piano regolatore generale – Pubblico amministratore – Dovere di astensione – Previsione – Casi

(art. 323 c.p.)

*Sussiste un obbligo di astensione in capo al pubblico amministratore – con la conseguente ravvisabilità del delitto di abuso di ufficio – nei casi in cui il voto espresso dagli amministratori riguarda la destinazione della singola area o una specifica prescrizione concernente una porzione delimitata del territorio non involgente linee generali di pianificazione, in relazione alla quale è riconoscibile un interesse personale, anche indietro, del pubblico amministratore. In particolare, siffatti presupposti sono stati ravvisati in relazione a delibere di pianificazione territoriale del comune concernenti atti di “opposizione al P.R.G.”, riguardanti gli specifici interessi personali dell'amministratore o di un prossimo congiunto nonché a “varianti” al piano regolatore legate ad un interesse personale dell'agente o del familiare.*

Tribunale Avellino, II sez., sentenza 17 giugno 2016, n. 2372, Pres. Est. Cassano

#### Abusi sessuali: atti sessuali – Consumazione – Presupposti

(art. 609-bis c.p.)

*Gli atti rapidi ed insidiosi, rivolti al contatto di zone erogene di soggetto certamente non consenziente (bacio ed abbraccio) sono pacificamente riconducibili nell'alveo della previsione delittuosa di cui all'art. 609 bis cp, come pure il palpeggiamento dei glutei e più in generale per quanto attiene agli atti di libidine. Né rileva ai fini della consumazione del reato la temporaneità del contatto fisico e la capacità della vittima di sottrarsi alla condotta illecita del soggetto attivo.*

Tribunale Napoli, sez. XI, sentenza 11 maggio 2016, n. 8697, Pres. Est. Aghina

#### Circostanze attenuanti generiche: solo stato di incensuratezza – Riconoscimento – Divieto

(art. 62-bis c.p.)

*Il terzo comma dell'art. 62-bis cp, introdotto dall'art. 1, co. 1 lett. f-bis), del d.l. 23/5/2008 n. 92 conv. con modd. in l. 24/7/2008 n. 125, impone al Giudice il divieto di riconoscimento delle invocate circostanze in presenza del solo stato di incensuratezza dell'imputato, senza che a tanto s'accompagnino altri, e diversi, valori attenuativi.*

Corte Appello Napoli, sez. II, sentenza 18 maggio 2016, n. 5621, Pres. Alfano, Est. Giannelli

#### Esercizio arbitrario delle proprie ragioni: condotta punibile

(art. 393 c.p.)

*Il delitto di cui all'art. 393 c.p., si traduce nella indebita attribuzione a se stesso, da parte del privato, di poteri e facoltà spettanti esclusivamente al giudice, e l'agente deve essere animato dal fine di esercitare un diritto con la co-*

*scienza che l'oggetto della pretesa gli compete effettivamente e giuridicamente "in toto". Ne consegue che non ricorre il suddetto reato quando si tratti di una pretesa illegittima in tutto od in parte, ovvero sia giuridicamente impossibile il ricorso al giudice.*

Tribunale Nola, G.M. Perpetua, sentenza 30 marzo 2016, n. 1117

### **Furto: sottrazione di energia elettrica – Utilizzo mezzo fraudolento – Casistica**

(art. 625 c.p.)

*L'alterazione dei circuiti interni consistita nella manomissione delle viti posteriori e tenoni termosaldati posteriori divelti, tale da consentire una alterazione nella registrazione dei consumi di energia, integra la circostanza aggravante dell'utilizzo del mezzo fraudolento.*

Tribunale Nola, G.o.t. Fedele, sentenza 4 luglio 2016, n. 2386

### **Furto: sottrazione di energia elettrica – Utilizzo mezzo fraudolento – Modalità**

(art. 625 c.p.)

*In tema di furto di energia elettrica, costituisce mezzo fraudolento e pertanto integra l'aggravante di cui all'art. 625 c. 1 n. 2 c.p., l'allacciamento abusivo alla rete esterna dell'Enel mediante due cavi volanti per la sottrazione di energia elettrica.*

Corte Appello Napoli, sez. II, sentenza 28 aprile 2016, n. 4750, Pres. Mirra, Est. Rovida

### **Lesioni personali: malattia – Genus**

(art. 582 c.p.)

*Anche le alterazioni anatomiche di minima rilevanza, quali gli ematomi, le ecchimosi o le contusioni, vanno ricompresi nel novero delle malattie e, dunque sussunte nella previsione di cui all'art. 582 c.p.*

Tribunale Nola, G.M. Perpetua, sentenza 30 marzo 2016, n. 1117

### **Lesioni personali: elemento soggetto – Dolo generico**

(art. 582 c.p.)

*Per quanto concerne l'elemento soggettivo, per la sussistenza del dolo nel delitto di lesioni personali non occorre che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione delle conseguenze lesive, essendo sufficiente l'intenzione di infliggere all'altrui persona una violenza fisica, vale a dire il dolo generico anche se del caso nella forma del dolo eventuale.*

Tribunale Nola, G.M. Perpetua, sentenza 30 marzo 2016, n. 1117

### **Omicidio colposo: responsabilità del datore di lavoro – Presupposti**

(art. 589 c.p.)

*Il datore di lavoro – quale garante della incolumità fisica del prestatore di lavoro – è responsabile, per il decesso del lavoratore, in caso di omessa verifica del corretto montaggio dei ponteggi da parte degli operai, al fine di verificare la conformità del ponteggio realizzato allo schema di cui alla autorizzazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali indicate nel Pimus.*

Tribunale Napoli, G.M. Gaudino, sentenza 22 febbraio 2016, n. 3064

### **Violazione obblighi di assistenza familiare: omesso versamento dell'assegno alimentare – Adempimento parziale – Sussistenza del reato**

(art. 570 c.p.)

*Integra il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare il genitore separato che ometta anche solo parzialmente il versamento in favore dei figli minori di quanto stabilito per il loro mantenimento a prescindere da ogni accertamento sulla sufficienza della somma prestata in concreto alla loro sussistenza.*

Tribunale Nola, G.M. Perpetua, sentenza 4 maggio 2016, n. 1561

### **Violazione degli obblighi di assistenza familiare: stato di bisogno del figlio minore – Sussistenza in re ipsa**

(art. 570 co. 2 c.p.)

*Con riguardo ai minori, lo stato di bisogno è indubitabile in quanto in re ipsa, benchè la madre abbia certamente fatto quanto nelle sue possibilità per sostenere la famiglia, ricevendo anche aiuti dalla famiglia di origine.*

Tribunale Nola, G.M. Perpetua, sentenza 4 maggio 2016, n. 1561

**CODICE PROCEDURA PENALE****Correzione errore materiale: patteggiamento – Verbale di udienza – Prevalenza rispetto al dispositivo**

(art. 130 c.p.p.)

*Atteso il deciso valore che, nel procedimento di applicazione della pena su richiesta, assume il verbale di udienza, in cui vengono consacrate le concordi volontà delle parti, deve ritenersi possibile, in caso di divergenza fra detto verbale ed il dispositivo della sentenza, attribuire prevalenza al primo, quando non vi siano elementi per ritenere che il giudice abbia inteso, sia pure abnormemente ed anche per implicito, distaccarsi dalla determinazione della pena indicata dalle parti o dall'accordo intervenuto.*

Tribunale Nola, G.M. Minauro, sentenza 9 giugno 2016, n. 2027

**Ingiusta detenzione: causa ostative alla riparazione – Accertamento della corte – Limiti**

(art. 314 c.p.p.)

*Nel caso in cui l'ordinanza di applicazione della misura cautelare è annullata dal Tribunale del riesame per carenza di gravità indiziaria, ricorre la causa di ingiusta detenzione formale prevista dal capoverso dell'art. 314 c.p.p., ed in base agli stessi elementi a disposizione del gip, il che preclude alla Corte l'esame del merito della vicenda al fine di verificare la sussistenza di cause ostative alla riparazione.*

Corte Appello Napoli, sez. VIII, ordinanza 11 maggio 2016, n. 112

**Ingiusta detenzione: criteri di liquidazione del danno**

(art. 314 c.p.p.)

*In tema di liquidazione, è consentito, in linea di principio individuare uno standard medio giornaliero che costituisca il quoziente tra la somma massima liquidabile a termini di legge (516.456,90 euro) ed il termine massimo di custodia cautelare espresso in giorni (2190 giorni, pari a 6 anni), pari a 235,82 euro per giorno di custodia cautelare patito. Tale criterio, tuttavia, assume contorni di carattere generale, e va adeguato, in aumento o in diminuzione, alle peculiarità del caso.*

Corte Appello Napoli, sez. VIII, ordinanza 11 maggio 2016, n. 112

**Ne bis in idem: duplicazione – pendenza in fase e grado diversi – Improcedibilità**

*Ogni qualvolta l'azione penale venga esercitata per un fatto e contro una persona per i quali, nella stessa sede giudiziaria e ad iniziativa del medesimo ufficio del pubblico ministero, sia stato già incardinato un processo, anche se pendente in una fase o in un grado diversi, nel procedimento eventualmente duplicato deve essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità.*

Tribunale Nola, G.M. Perpetua, sentenza 4 maggio 2016, n. 1561

**LEGGI PENALI SPECIALI****Circolazione stradale: guida in stato di ebbrezza – Causazione di sinistro stradale senza lesioni o morte – Aggravante – Sussistenza**

(art. 181 c. 2-bis CdS)

*L'aggravante in parola è una circostanza di pericolo per la circolazione stradale, e tanto si verifica certamente anche nel caso della presenza sul manto stradale di un motociclo, fatto che è certamente in grado di creare pericolo di impatto di altri veicoli con conseguenze lesive o, addirittura, letali.*

*Ne consegue che nel caso in cui l'incidente del quale si parla nella disposizione del comma 2-bis dell'art. 186 CdS dovesse provocare lesioni o morte di una o più persone vi sarebbe concorso tra la ipotesi aggravata dell'articolo 186 cds ed il delitto di lesioni colpose, od omicidio colposo, aggravati dalla circostanza della violazione delle regole sulla circolazione stradale e dallo stato di ebbrezza alcolica e/o abuso di guida durante l'effetto di sostanze stupefacenti.*

Corte Appello Napoli, sez. II, sentenza 18 maggio 2016, n. 5621, Pres. Alfano, Est. Giannelli

**Rifiuti: combustione residui di potature e sfalci – Esclusione dal novero dei rifiuti**

(d.lgs. 91/14)

*La combustione degli sfalci e dei residui di potature rientra nella normale pratica agricola con la conseguenza che i materiali in questione devono essere ritenuti esclusi dal novero dei rifiuti. Invero dal sistema normativo delineato dall'art. 182 c. 6 e 256-bis d.l. 91/14, può desumersi in via interpretativa che gli scarti vegetali sono esclusi dal novero dei rifiuti e che ad essi non sono di conseguenza applicabili né l'art. 256-bis, che contiene del resto, una espressa esclusione in tal senso, né l'art. 256, che si riferisce ai soli materiali riconducibili alla categoria dei rifiuti.*

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 24 giugno 2016, n. 2241

### Rifiuti: incenerimento di sfalci e potature - Smaltimento non autorizzato - Esclusione del reato

(d.lgs. 152/2006)

*In tema di gestione di rifiuti l'eliminazione mediante incenerimento di sfalci e potature non integra il reato di smaltimento non autorizzato di rifiuti speciali non pericolosi di cui all'art. 256 c. 1 lett. a) d.lgs. 152/2006, trattandosi di residui vegetali che non sono classificabili come rifiuti e che sono utilizzabili in agricoltura mediante processi e metodi costituenti normali pratiche agronomiche disciplinate dagli art. 182 c. 6-bis e 185 c. 1 lett. f) d.lgs. 152/2006 in quanto non danneggiano l'ambiente nè mettono in pericolo la salute umana.*

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 24 giugno 2016, n. 2241

### Rifiuti: incenerimento residui vegetali - Condizioni di liceità - Onere della prova

(art. 182 d.lgs. 152/2006)

*L'onere della prova relativa alla sussistenza delle condizioni di liceità delle attività di raggruppamento ed incenerimento di residui vegetali previste dall'art. 182 c. 6-bis primo e secondo periodo, d.lgs. 152/2006, incombe su colui che ne invoca l'applicazione.*

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 24 giugno 2016, n. 2241

### Rifiuti: combustione residui vegetali - Sanzione amministrativa

(d.lgs. 152/06)

*Non occorre neppure verificare se l'abbruciamento sia avvenuto in un periodo in cui la Regione aveva dichiarato il massimo rischio per gli incendi boschivi, dal momento che il legislatore, nello statuire che in tal caso "la combustione di residui vegetali agricoli e forestali è sempre vietata", non fa riferimento ad una disposizione sanzionatoria penale, bensì pone un generico divieto che può al più essere sanzionato come illecito amministrativo.*

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 24 giugno 2016, n. 2241

## Diritto amministrativo

ONERI DI SICUREZZA: L'ADUNANZA PLENARIA ANTICIPA LA CORTE DI GIUSTIZIA E PRECISA IL SUO ORIENTAMENTO .....	944
di Benedetta Rossella Setta	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE ( <i>d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.</i> ) .....	949
a cura di Almerina Bove	





## Oneri di sicurezza: l'Adunanza Plenaria anticipa la Corte di Giustizia e precisa il suo orientamento

### abstract

*With the decision n. 19 of 2016 the Council of State has determined that the competitor who has not formally indicated in the economic offer the corporate security costs, because this was not a requirement specified in the tender regulation, but has substantially complied with these costs, can not automatically be excluded from the tender until after the invitation to integrate the offer submitting additional information.*

### keywords

*Corporate security costs – Legislative decree n. 50 of 18 April 2016 – Exclusion of the competitor.*

### abstract

*Con sentenza n. 19/2016 l'Adunanza Plenaria ha stabilito che il concorrente che non abbia formalmente indicato nell'offerta economica i costi di sicurezza aziendali, in quanto non previsto dal bando di gara, ma che abbia sostanzialmente rispettato tali costi, non può essere escluso automaticamente dalla gara se non dopo l'invito a regolarizzare l'offerta attraverso il corso istruttorio.*

### parole chiave

*Costi di sicurezza aziendale – D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – Esclusione del concorrente.*

### sommario

**1.** L'ordinanza di rimessione n. 1116/2016. – **2.** La scelta di esaminare la questione nonostante la pendenza della stessa dinanzi alla Corte di Giustizia. – **3.** La delimitazione del *thema decidendum*: il principio della sentenza n. 9/2016 è compatibile in astratto con i principi eurounitari ma va declinato in concreto secondo un'ottica sostanzialista. – **4.** La valutazione sostanziale sulla sussistenza o meno nell'offerta di gara dei costi di sicurezza. – **5.** Riflessioni conclusive e dubbi interpretativi.

### 1. L'ordinanza di rimessione n. 1116/2016

Con sentenza n. 19/2016 l'Adunanza Plenaria ha preso posizione sul tema degli oneri di sicurezza sen-

za attendere la pronuncia della Corte di Giustizia cui pendeva la medesima questione.

La questione è quella relativa all'obbligo di indicazione a pena di esclusione, in sede di offerta e nel silenzio delle *lex specialis*, dei costi di sicurezza aziendali.

Ciò che viene contestato nelle ordinanze di rimessione, sia al Supremo Consesso di giustizia amministrativa che alla Corte di Giustizia, è il presunto contrasto tra il principio affermato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015 per cui anche in caso di mancata specificazione nella *lex specialis*, la mancata indicazione degli oneri di sicurezza porta all'esclusione automatica dalla gara senza possibilità di esercitare il potere di soccorso istruttorio, e i principi eurounitari.

Orbene, la potenzialità di tale contrasto è parsa evidente non solo ai diversi tribunali amministrativi regionali<sup>1</sup> che hanno rimesso alla Corte di Giustizia tale questione, ma anche al Consiglio di Stato<sup>2</sup>, che malgrado la pendenza della questione dinanzi alla Corte di Lussemburgo, ha reputato di dover investire nuovamente l'Adunanza Plenaria del problema.

In particolare, i Giudici di Palazzo Spada evidenziano come la sentenza contestata abbia introdotto in via pretoria una causa escludente non prevista dal legislatore e che una simile impostazione, trascuri del tutto il comportamento dell'amministrazione che induca in errore i concorrenti, non prevedendo né un obbligo di indicazione dei costi per la sicurezza nella *lex specialis*, né una correlata comminatoria di esclusione in caso di inadempimento del detto obbligo.

Il Consiglio di Stato, inoltre osserva come un tale approccio formale, sia distonico anche rispetto ad altre pronunce della stessa Adunanza Plenaria la quale, nel valutare la sussistenza di altre ipotesi di esclusione a carico dei concorrenti, ha precisato che una simile conseguenza possa derivare solo dalla espressa previsione della regola che si assume violata all'interno del bando di gara ovvero, qualora un simile previsione non fosse stata precedente specificata in seno alla *lex specialis*, solo in caso di violazione sostanziale del precetto<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> T.a.r. Piemonte ordinanza 16 dicembre n. 1745; T.a.r. Campania, Napoli ordinanza 27 gennaio n. 451; T.a.r. Molise sentenza 12 febbraio n. 77; T.a.r. Marche ordinanza 19 febbraio 2016 n. 451.

<sup>2</sup> Cons. Stato, 18 marzo 2016, n. 1116.

<sup>3</sup> Ad. Plen., n. 21/2012: «In tema di appalti pubblici l'art. 38

Alla luce tali osservazioni il Consiglio di Stato sollecita l'intervento dell'Adunanza Plenaria, affinché quest'ultima possa rivedere il proprio orientamento o interrogare sul punto la Corte di Giustizia giacché, il principio di diritto enunciato con la sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 9/2015, potrebbe risultare in contrasto con i principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza<sup>4</sup>.

## 2. La scelta di esaminare la questione nonostante la pendenza della stessa dinnanzi alla Corte di Giustizia

In via preliminare va osservato come l'Adunanza Plenaria, prima di entrare nel merito della questione relativa gli oneri di sicurezza, si sofferma nel motivare la scelta di decidere la questione senza attendere il responso della Corte di Giustizia. E invero, l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato ha investito l'Adunanza Plenaria anche del compito di chiarire il ruolo nomofilattico della stessa alla luce dell'art. 99.3 CPA.

Ebbene l'Adunanza Plenaria tra le tre alternative prospettabili nel caso di specie ovvero a) disporre la sospensione impropria del giudizio, in attesa che si pronunci il giudice europeo; b) sollevare una questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea per verificare se in che misura

comma 2 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sia prima che dopo l'entrata in vigore del d.l. 3 maggio 2011 n. 70, impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa la quale deve essere riferita, quanto al profilo della moralità professionale di cui all'art. 38 comma 1 lett. c), anche agli amministratori delle società che partecipano ad un procedimento di incorporazione o di fusione, nel limite temporale ivi indicato, con la precisazione che in caso di mancata allegazione dell'atto de quo la Ditta va estromessa dalla gara solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione, mentre in caso contrario, quest'ultima può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali»; sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 23/2013: «Nelle gare d'appalto, l'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui elenca i soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali ha come destinatari dell'obbligo non soltanto coloro che rivestono formalmente le cariche di amministratori, ma anche coloro che, in qualità di procuratore ad negotia, abbiano poteri di rappresentanza dell'impresa e possono compiere atti decisionali (c.d. amministratori di fatto), con l'avvertenza che qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima può essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione, ma solo quando sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione».

<sup>4</sup> B. R. SETTA, *Gli oneri di sicurezza alla Corte di Giustizia e all'Adunanza Plenaria*, in *www.iurisprudenzia.it*, 4/2016.

esso osti all'applicazione del principio di diritto enunciato dalla sentenza n. 9/2015 e c) decidere la questione nel merito riesaminando il proprio orientamento alla luce dei dubbi di compatibilità comunitaria sollevati dall'ordinanza di rimessione, l'Adunanza Plenaria presceglie tale ultima opzione.

Soluzione condivisibile soprattutto alle luce di ragioni di esigenze di celerità processuale auspicata, per altro, dalle stesse parti in giudizio che altrimenti sarebbero state costrette ad attendere i più lunghi tempi della Corte di Lussemburgo.

Nel caso di specie l'Adunanza Plenaria, stimolata da Consiglio di Stato ad un ripensamento, specifica il suo orientamento tentando di dare un'interpretazione compatibile con i principi eurounitari.

## 3. La delimitazione del *thema decidendum*: il principio della sentenza n. 9/2016 è compatibile in astratto con i principi eurounitari ma va declinato in concreto secondo un'ottica sostanzialista

Entrando nel merito della questione, l'Adunanza Plenaria mostra subito di voler dare un'interpretazione del principio affermato nelle sentenze 3 e 9/2015 compatibile con i principi eurounitari, senza quindi ripudiare il suo precedente orientamento, ma chiarendo la portata applicativa.

Afferma, infatti, in primo luogo che il contrasto con i principi eurounitari pocanzi elencati, non investe la portata astratta del principio sancito dalla sentenza 9/2015, ma soltanto uno specifico risultato operativo cui si potrebbe giungere applicando in maniera particolarmente rigorosa tale principio.

In particolare, ciò che si afferma nella sentenza n. 9/2015, e che sostanzialmente viene contestato nell'ordinanza di rimessione, è l'assunto per cui, anche nei casi in cui il bando non preveda l'onere di indicazione degli oneri di sicurezza, non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza, anche per le procedure nelle quali la fase di presentazione dell'offerta si è conclusa prima dell'intervento della sentenza n. 3/2015.

La sentenza 3/2015, infatti, ritiene che poiché dalla stessa normativa in tema di appalti si evincerebbe il carattere essenziale degli oneri di sicurezza ai fini della presentazione dell'offerta, la loro mancata indicazione anche in assenza di una specifica previsione da parte della *lex specialis*, comporterebbe un'incertezza assoluta dell'offerta, tale da decretare l'esclusione automatica dell'impresa concorrente.

Tale principio, a dire della sentenza n. 9/2015 avrebbe, per altro, portata dichiarativa e non già innovativa, sicché risulterebbe applicabile anche alle gare concluse prima di tale intervento giurisprudenziale.

Dal combinato disposto dei principi sanciti dalle sentenze 3 e 9/2015 deriverebbe, quindi, un risultato

di particolare rigore giacché, il principio di etero integrazione del bando determina che tale obbligo escludente operi anche se il bando nulla preveda e persino quando la stazione appaltante predisponga moduli per la presentazione delle offerte prive di riferimenti ai costi di sicurezza aziendali.

L'Adunanza Plenaria n. 19/2016 ritiene di poter operare una mitigazione di tale assunto per ovviare ad un risultato applicativo di tale rigore.

Tale mitigazione può avvenire qualora la *lex specialis* nulla dica in punto di indicazione o meno di oneri aziendali in sede di offerta e dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi.

La stazione appaltante, dunque, dovrà effettuare un vaglio sostanziale sulla sussistenza dei costi aziendali nell'offerta a prescindere dall'indicazione formale della stessa nei moduli di presentazione, e solo in caso in cui accerti che l'operatore economico non abbia computato tali costi, potrà disporre l'esclusione automatica dell'impresa.

A tale soluzione l'Adunanza Plenaria giunge anche attraverso il recepimento dei principi elaborati dalla recente sentenza della Corte di Lussemburgo<sup>5</sup> che, pronunciata su una questione concernente l'esclusione di un'impresa per il mancato pagamento del contributo all'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici ai sensi della l. 266/2005, ha affermato che «i principi eurolunitari ostano all'esclusione automatica di un'impresa quando un determinato obbligo non sia previsto dal bando o dal diritto vigente ma solo da una particolare interpretazione giurisprudenziale o dei documenti della procedura di gara»; sicché deve essere consentito all'operatore economico di sanare la propria posizione di adempiere a tale obbligo entro un termine.

Ragionare diversamente, ovvero far discendere l'automatica esclusione dalla gara dalla mera interpretazione del diritto nazionale, sarebbe particolarmente pregiudizievole per gli operatori stabiliti in altri Stati membri, con evidente compromissione del principio di trasparenza e di parità di trattamento.

La portata applicativa delle affermazioni delle Corti di Lussemburgo, seppur riguardanti una fattispecie diversa, si declinano perfettamente al caso degli oneri di sicurezza, giacché anche in tal caso l'esclusione automatica dell'operatore economico che abbia sostanzialmente rispettato i costi minimi ma non li abbia formalmente indicati a causa dell'induzione in errore della stazione appaltante che nulla ha previsto nel bando, porterebbe ad un risultato iniquo.

Osserva correttamente l'Adunanza Plenaria che non è esigibile dall'operatore economico l'indicazione degli oneri di sicurezza quando addirittura nei moduli per la presentazione dell'offerta non sia indicata la voce relativa ai costi aziendali; ne deriva, infatti, che

l'impresa dovrebbe persino integrare di propria iniziativa la scheda predisposta dalla stazione appaltante, aggiungendo materialmente la voce inerente agli oneri di sicurezza.

#### 4. La valutazione sostanziale sulla sussistenza o meno nell'offerta di gara dei costi di sicurezza

Malgrado il risultato iniquo suddetto, ovvero l'esclusione automatica senza possibilità di esercitare il potere di soccorso istruttorio, sembra proprio il portato applicato dei principi delle sentenze n. 3 e.9/2015, l'Adunanza Plenaria mostra di non volere contraddire il precedente orientamento cristallizzato da tali sentenze precisando che la doverosità del previo soccorso istruttorio non è un esito contrastante con i principi dell'Adunanza Plenaria n. 9/2015.

L'Adunanza Plenaria chiarisce che, quando nella sentenza n. 9/2015 si parla di esclusione automatica senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, ci si riferisce in realtà al caso in cui si contesti al concorrente di aver formulato un'offerta senza tenere in considerazione i costi economici, necessari per la tutela dei lavoratori.

In questa ipotesi, infatti, ovvero quando il concorrente sia carente sotto il profilo sostanziale, si determinerebbe un'incertezza assoluta dell'offerta al punto che la successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del prezzo.

Quando invece, il concorrente mostri di aver computato gli oneri di sicurezza nella valutazione dell'offerta, ma si contesti solo la carenza formale ovvero la mancata indicazione nell'offerta di quella voce di prezzo, il soccorso istruttorio è doveroso.

Una tale impostazione sarebbe, così, in linea con il trend sostanzialista comunitario ma sarebbe anche conforme alle previsioni legislative di cui all'art. 46.1 ter del d.lgs. n. 163/2006, che prevede la regola del soccorso istruttorio per ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge.

Precisa, infine, il Supremo Consesso che il principio, così precisato, andrà applicato non solo alle gare concluse prima della sentenza 3/2015, momento fino al quale il panorama giurisprudenziale e legislativo era incerto, ma anche a quelle concluse posteriormente a tale sentenza ma anteriormente alla novella legislativa di cui al d.l. 18 aprile 2016 n. 50. Tale decreto, infatti, risolve la questione prevedendo all'art. 95.5 l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza<sup>6</sup>.

#### 5. Riflessioni conclusive e dubbi interpretativi

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria sembra aver messo la parola fine alla dibattuta questione relativa agli oneri di sicurezza.

<sup>5</sup> Corte giust., 2 giugno 2016, C-27/15.

<sup>6</sup> «nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza dei luoghi di lavoro».

Il Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa, riaffermando il proprio potere nomofilattico, ha sostanzialmente anticipato quelle che probabilmente sarebbero state le conclusioni della Corte di Giustizia.

In verità si percepisce in tutta la sentenza la preoccupazione dell'Adunanza Plenaria di non cadere in contraddizione con il precedente orientamento tentando a tutti i costi di dare una lettura delle sentenze 3 e 9/2015 compatibile con i principi eurounitari.

Nella stessa sentenza, si arriva alla soluzione prescelta, proprio attraverso il viatico di pronunce della Corte di Lussemburgo che hanno mostrato di aderire ad un approccio sostanzialista (lo stesso utilizzato in relazione all'istituto dell'avvalimento frazionato<sup>7</sup>) per cui ciò che conta ai fini della corretta partecipazione di un operatore economico alle gare pubbliche è il possesso sostanziale dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando di gara.

E, anche nel caso di specie, escludere automaticamente un'impresa che mostri di aver sostanzialmente tenuto in considerazione i costi aziendali, non indicati formalmente nell'offerta di gara perché indotta in errore dal silenzio della *lex specialis*, sarebbe assolutamente lesivo dei principi di trasparenza, proporzionalità nonché di par condicio tra i partecipanti, in quanto si escluderebbe un operatore che in concreto ha gli stessi requisiti degli altri partecipanti.

La Corte di Giustizia, infatti, nella già citata pronuncia C-27/2015 ha affermato che i principi eurounitari ostano all'esclusione automatica di un'impresa quando un determinato obbligo non sia previsto dal bando o dal diritto vigente ma solo da una particolare interpretazione giurisprudenziale o dei documenti della procedura di gara e ciò anche al fine di non sfavorire gli operatori stabiliti in altri Stati membri.

Viene però da chiedersi se davvero il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa abbia dato corretta applicazione della decisione della Corte.

Sembra, infatti, che l'Adunanza Plenaria voglia porre a fondamento della propria decisione questo principio ma poi nei riduce in concreto l'ambito applicativo non operando una opportuna distinzione tra appalti di lavori e appalti di servizi o forniture.

E invero, asserisce che, in generale, non vi può essere automatica esclusione dell'operatore economico: 1) manchi la previsione degli oneri di sicurezza aziendale nel bando di gara; 2) l'offerta mostri di aver tenuto sostanzialmente conto dei costi minimi anche se non indicati formalmente.

In relazione agli appalti di lavori, però, alcuna norma prevedeva fino alla novella legislativa del 2016, un obbligo di indicazione dei costi di sicurezza, sicché una tale imposizione era frutto proprio di un'interpretazione giurisprudenziale che riteneva tale obbligo elemento essenziale dell'offerta.

Volendo declinare al caso degli appalti di lavori i principi sanciti dalla Corte di Giustizia nella pronuncia C-27/15, il soccorso istruttorio dovrebbe potere operare anche in tal caso ovvero nel caso in cui l'operatore non abbia tenuto conto in sede di offerta dei costi minimi aziendali né formalmente né sostanzialmente perché né il bando di gara né il legislatore lo prevedeva.

Anche una carenza sostanziale, infatti, dovrebbe poter essere sanata (anche con una revisione del prezzo), quando sia dovuta ad un'induzione in errore della stazione appaltante e dall'assenza di una previsione legislativa.

Nel caso di specie la previsione legislativa era addirittura contraddittoria in quanto dal combinato disposto degli art. 86.3-*bis* e l'art. 87.4 d.lgs. 163/2006 emergeva che mentre l'obbligo di valutazione di congruità degli oneri di sicurezza in capo alla stazione appaltante era previsto in relazione a tutte le tipologie di appalti pubblici (lavori, servizi e forniture), l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza in sede di offerta sembrava essere previsto solo per gli appalti di servizi e forniture e non per l'appalto di lavori. Corollario di tali assunti dovrebbe essere che, essendo l'indicazione degli oneri di sicurezza un elemento essenziale dell'offerta ai sensi dell'art. 87.4 d.lgs. 163/2006, la sua mancanza comporterebbe l'esclusione della concorrente in relazione agli appalti di forniture e non già non già per gli appalti di lavori; è solo un orientamento giurisprudenziale che afferma che l'art. 87.4 d.lgs. 163/2006 non fa riferimento agli appalti di lavori per una mera svista legislativa, sicché, anche per tale tipologia di appalti, sarebbe necessario indicare in sede di offerta gli oneri di sicurezza a pena di esclusione.<sup>8</sup>

Ma se solo di orientamento giurisprudenziale si tratta è chiaro che l'induzione in errore soprattutto di un operatore economico di un altro Stato membro è facilmente immaginabile.

Applicando rigorosamente i principi della sentenza C-27/2015, almeno in relazione agli appalti di lavori, in assenza di previsione da parte del bando e in mancanza di una chiara disposizione di legge, anche l'operatore economico che sostanzialmente non abbia tenuto conto in sede di offerta dei costi minimi dovrebbe poter ricorrere al soccorso istruttorio per sanare l'incompletezza della sua offerta.

E invero, la causa di esclusione di cui all'art. 46.1 bis d.lgs. 163/2006 ovvero esclusione per incertezza

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2014, n. 3602: «Nelle gare d'appalto l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza, non soggetti a ribasso, costituisce sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture un adempimento imposto dagli artt. 86, co. 3-*bis*, e 87, co. 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare».

<sup>7</sup> Corte giust., 10 ottobre 2013, n. C-94/12.

assoluta dell'offerta per mancanza di sottoscrizione o di un elemento essenziale, non potrebbe applicarsi nel caso di specie, giacché, in relazione agli appalti di lavori, non prevedendo alcuna norma l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza, essi non possono assurgere ad elemento essenziale dell'offerta.

Con la nuova normativa si risolve sostanzialmente il problema in quanto è lo stesso art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016 a prevedere l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza.

L'Adunanza plenaria, però, lascia un interrogativo sul come si coniughi tale norma con quella di cui all'art. 80 dello stesso decreto che ammette il soccorso istruttorio con riferimento a qualsiasi elemento formale.

Ci si chiede, infatti, se sia consentito sanare l'offerta che sia viziata solo per la mancata formale separata indicazione separata degli oneri di sicurezza.

Malgrado la prescrizione dell'art. 95 comma 10 viene difficile pensare che una mancanza solo formale dell'indicazione degli oneri possa escludere la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, quando l'offerta mostri comunque di aver sostanzialmente tenuto conto dei costi minimi. Tale norma, se così interpretata, si porrebbe nuovamente in contrasto con i principi eurounitari già citati.

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 Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)

### L'invito alla regolarizzazione non può riguardare il DURC richiesto alla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione - Non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. 'preavviso di DURC negativo'), già previsto dall'art. 7 comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito dall'art. 31 comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, può operare soltanto nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa, e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. i), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Ai fini della partecipazione alle gare di appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8, d.l. 21 giugno 2013 n. 69, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa concorrente essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato di regolarità per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, in tal modo palesando l'irrilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2016, n. 3638, Pres. G. Severini, Est. C. Contessa

### Obbligatorietà della presentazione di «garanzie a prima richiesta» - Rifiuto a stipulare il contratto - Art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016

Ai sensi dell'art. 93 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per la partecipazione alle gare pubbliche è obbligatoria la presentazione di «garanzie a prima richiesta», commisurate in percentuale fissa al prezzo di gara e aventi anch'esse una funzione di garanzia, che attribuiscono alla stazione appaltante una 'tutela rafforzata', cioè il potere di disporre l'escussione dell'importo previsto, per il caso in cui l'aggiudicatario non intenda stipulare il contratto; la stazione appaltante può chiedere al giudice di disporre la condanna dell'autore del fatto illecito, anche se il bando non prevede tali forme di tutela "rafforzata".

Cons. Stato, sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755, Pres. ed Est. L. Maruotti

### Soccorso istruttorio - Costi di sicurezza aziendale - L'esclusione del concorrente può essere disposta dopo che sia stato invitato a regolarizzare l'offerta - Vincolatività nei confronti delle singole sezioni in caso di contrasto con il diritto dell'Unione europea

La sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato un ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può alternativamente: a) rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; b) adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale; c) disattendere direttamente il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria.

L'Adunanza plenaria, qualora sia chiamata a decidere una questione analoga ad altra pendente innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, può alternativamente: a) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio in attesa che si pronunci il giudice europeo; b) sollevare a sua volta una questione pregiudiziale; c) decidere comunque la questione anche alla luce dei dubbi di compatibilità comunitaria manifestati in occasione della precedente rimessione.

Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e dalla modulistica allegata ma sia assodato che sostanzialmente l'offerta abbia tenuto conto dei costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Cons. Stato, ad. pl., 27 luglio 2016, n. 19, Pres. A. Pajno, Est. R. Giovagnoli

### Soccorso istruttorio – Sanzione pecuniaria – Integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda – Differenza con la pregressa disciplina d.lgs. n. 163 del 2006

*L'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – secondo cui la sanzione pecuniaria, prevista dal bando di gara in caso di mancanza, incompletezza e ogni altro caso di irregolarità essenziale della documentazione di gara, è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione – lascia ai concorrenti la possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda ed è quindi innovativamente incentrato sul concetto di sanatoria conseguente al soccorso istruttorio e non separa il momento procedimentale da quello sanzionatorio. Tale norma, quindi, si discosta dalla pregressa disciplina dettata dagli artt. 38 comma 2-bis, e 46 comma 1-ter, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui la sanzione si applica nel caso in cui il concorrente ha presentato una offerta mancante di una dichiarazione e di un documento prescritto mentre è irrilevante se decide di avvalersi del soccorso istruttorio o meno.*

Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667, Pres. G. Severini, Est. S. Fantini

### Soccorso istruttorio – Sanzione pecuniaria – Art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 – Art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 – Nessun contrasto con la disciplina europea

*Ai sensi dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'essenzialità dell'irregolarità determina in sé per sé l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista dal bando, a prescindere dalla circostanza che questi aderisca o meno all'invito, che la stazione appaltante deve necessariamente fargli, di sanare detta irregolarità.*

*L'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non si pone in contrasto con l'ordinamento dell'Unione Europea, in quanto la direttiva 2014/24/UE, non rivestendo la qualifica di "self executing", non poteva trovare applicazione diretta nell'ordinamento giuridico prima del suo recepimento nell'ordinamento interno.*

*La nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici, di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui non prevede l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione, risulta del tutto conforme alla direttiva 2014/24/UE.*

T.a.r. Milano, sez. I, 14 luglio 2016, n. 1423, Pres. A. De Zotti, Est. E. Quadri

### Soccorso istruttorio – Alle carenze dell'avvalimento non può sopperirsi con il soccorso istruttorio in quanto presupposto per la partecipazione alla gara

*Nelle gare pubbliche alle carenze dell'avvalimento non può sopperirsi con l'utilizzo del soccorso istruttorio, atteso che l'avvalimento è il presupposto per la partecipazione alla gara, poiché fornisce all'avvalente il requisito mancante ed il soccorso istruttorio non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.*

Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396, Pres. F. Caringella, Est. L. M. Tarantino

### Soccorso istruttorio – Non è consentita la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione

*Nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, comma 1, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti, non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.*

Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2016, n. 3153, Pres. F. Caringella, Est. P. G. N. Lotti

### Soccorso istruttorio – Ampiezza circoscritta alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che compongono la documentazione amministrativa – Mancata estensione agli elementi attinenti alle offerte

*L'ampiezza con la quale il potere di "soccorso istruttorio" è riconosciuto nel settore dei contratti pubblici in seguito alle novità introdotte con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, è pur sempre circoscritta alle dichiarazioni e attestazioni su fatti, stati e qualità che compongono la documentazione amministrativa che i partecipanti a gare pubbliche sono tenuti a presentare; il potere di soccorso istruttorio non si estende, infatti, agli elementi attinenti alle offerte, pena altrimenti la vanificazione del canone generale della parità di trattamento e l'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico, finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara, rende le stesse immutabili una volta che siano state presentate nei termini previsti dalla lex specialis.*

Cons. Stato, sez. V, 02 agosto 2016, n. 3481, Pres. C. Saltelli, Est. F. Franconiero

### Soccorso istruttorio – La mera impossibilità tecnica della lettura dei documenti inviati attraverso la piattaforma informatica non può giustificare l'esclusione automatica

*Le disposizioni di cui ai succitati artt. 38, co. 2-bis e 46, co. 1-ter – per le quali in dottrina e giurisprudenza si è talora parlato di “nuovo soccorso istruttorio” – sono applicabili in un ampio ventaglio di ipotesi, compresa quella di eventuali documenti di gara incompleti o irregolari.*

*Ne deriva che, nel caso in cui i documenti dei quali la stazione appaltante lamenta la mancanza siano in realtà stati inviati tempestivamente attraverso la piattaforma informatica, la mera impossibilità tecnica della loro lettura non può giustificare l'esclusione automatica della partecipante, ben potendo essere attivato il soccorso istruttorio.*

T.a.r. Lombardia, sez. IV, 08 luglio 2016, n. 1383, Pres. A. Gabbricci, Est. G. Zucchini

### Soccorso istruttorio – Il percorso sostanzialistico non può spingersi a legittimare l'intervento anche nel caso di dichiarazione mendace

*Il percorso sostanzialistico che, in tema di gare d'appalto, amplia il cosiddetto soccorso istruttorio e mira ad attribuire assoluto rilievo al principio della massima partecipazione alle gare se determina la possibilità di chiedere all'impresa concorrente l'ostensione di un documento omesso, non può spingersi a legittimare l'intervento anche nel caso di dichiarazione mendace.*

T.a.r. Lazio, sez. II, 01 luglio 2016, n. 7586, Pres. A. S. Amodio, Est. R. Caponigro

### Soccorso istruttorio – Le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria prestata nei termini previsti dalla lex specialis sono sanabili

*In coerenza con l'indirizzo sostanzialistico che connota le gare pubbliche d'appalto e in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria comunque prestata nei termini previsti dalla lex specialis sono sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio.*

Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3372, Pres. F. Caringella, Est. P. G. N. Lotti

\*\*\*

All'esito della entrata in vigore del Nuovo Codice dei Contratti pubblici – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016, si segnalano alcune norme del nuovo Codice, relative agli istituti sui quali più spesso, nel corso del decennio di applicazione del precedente, la giurisprudenza recensita nella rassegna è stata chiamata a pronunciarsi. In nota vengono riportate le corrispondenti previsioni del Codice previgente

#### Articolo n. 83<sup>1</sup>

#### (Criteri di selezione e soccorso istruttorio)

1. I criteri di selezione riguardano esclusivamente:

- a) i requisiti di idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali.

2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 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. Per i lavori, con linee guida dell'ANAC adottate entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14.

<sup>1</sup> La norma corrisponde all'art. 38 (Requisiti di ordine generale) e all'art. 46 (Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione) del previgente Codice, approvato con d.lgs. 163/2006.



3. Ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lettera a), i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali. Al cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, è richiesta la prova dell'iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XVI, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito ovvero mediante attestazione, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui è residente. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio Paese d'origine i servizi in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione.

4. Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere:

a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto;

b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività;

c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

5. Il fatturato minimo annuo richiesto ai sensi del comma 4, lettera a) non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento. La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara. Per gli appalti divisi in lotti, il presente comma si applica per ogni singolo lotto. Tuttavia, le stazioni appaltanti possono fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente. Se gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al primo periodo del presente comma è calcolato sulla base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro. Nel caso di sistemi dinamici di acquisizione, il requisito del fatturato annuo massimo è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema.

6. Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Nelle procedure d'appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori è valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità. Le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto; l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

7. Fermo restando il sistema di qualificazione di cui all'articolo 84 nonché quanto previsto in materia di prova documentale preliminare dall'articolo 85, la dimostrazione dei requisiti di cui al comma 1, lettere b) e c) è fornita, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi, utilizzando i mezzi di prova di cui all'articolo 86, commi 4 e 5.

8. Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essen-

ziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

10. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

#### **Articolo n. 85<sup>2</sup>** **(Documento di gara unico europeo)**

1. Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018, e consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80;
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83;
- c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91.

2. Il DGUE fornisce, inoltre, le informazioni rilevanti richieste dalla stazione appaltante e le informazioni di cui al comma 1 relative agli eventuali soggetti di cui l'operatore economico si avvale ai sensi dell'articolo 89, indica l'autorità pubblica o il terzo responsabile del rilascio dei documenti complementari e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico è in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti.

3. Se la stazione appaltante può ottenere i documenti complementari direttamente accedendo alla banca dati di cui all'articolo 81, il DGUE riporta altresì le informazioni richieste a tale scopo, i dati di individuazione e, se del caso, la necessaria dichiarazione di consenso.

4. Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide.

5. La stazione appaltante può, altresì, chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, nonché all'impresa che la segue in graduatoria, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 54, comma 3 o comma 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87. La stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87.

6. In deroga al comma 5, agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora questi siano presenti nella banca dati di cui all'articolo 81 o qualora la stazione appaltante, avendo aggiudicato l'appalto o concluso l'accordo quadro, possieda già tali documenti.

7. Ai fini del comma 5, le banche dati contenente informazioni pertinenti sugli operatori economici, possono essere consultate, alle medesime condizioni, dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri, con le modalità individuate con il decreto di cui all'articolo 81, comma 2.

<sup>2</sup> Si tratta di una novità introdotta dal Nuovo Codice dei Contratti pubblici, approvato con d.lgs. 50/2016.

8. Per il tramite della cabina di regia è messo a disposizione e aggiornato su e-Certis un elenco completo di banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possono essere consultate dalle stazioni appaltanti di altri Stati membri e sono comunicate, su richiesta, agli altri Stati membri le informazioni relative alle banche dati di cui al presente articolo.

### Articolo n. 93<sup>3</sup> (Garanzie per la partecipazione alla procedura)

1. L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. Al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo della cauzione sino all'1 per cento ovvero incrementarlo sino al 4 per cento. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base. In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo.

2. La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

3. La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa.

4. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

5. La garanzia deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.

6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

7. L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50 per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui al primo periodo, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001. Nei contratti relativi a servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 20 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi primo e secondo, per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 15 per cento per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Per fruire delle riduzioni di cui al presente comma, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui ai periodi precedenti, per gli operatori economici in possesso del rating di legalità o della attestazione

<sup>3</sup> La norma corrisponde all'art. 75 (Garanzie a corredo dell'offerta) del previgente Codice, approvato con d.lgs. 163/2006.

*del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001 o di certificazione social accountability 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici e per gli operatori economici in possesso della certificazione ISO 27001 riguardante il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni.*

*8. L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario.*

*9. La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia di cui al comma 1, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di efficacia della garanzia.*

*10. Il presente articolo non si applica agli appalti di servizi aventi a oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento.*



## Diritto tributario

BREVE <i>EXCURSUS</i> IN TEMA DI TASSAZIONE DEGLI IMPIANTI FOTOVOLTAICI .....	958
di Maria Pia Nasti	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE .....	964
a cura di Maria Pia Nasti	



## Breve excursus in tema di tassazione degli impianti fotovoltaici

### abstract

*The correct classification of photovoltaic systems has been long been the subject of conflict of interpretation. These facilities, however, have been rather qualified and taxed under a regulation system with guidance provided by the practice. The property or real qualification of a PV system, as well as the related assignment of cadastral income has had different repercussions in the taxation. With the 2016 Stability Law it was finally clarified that the photovoltaic plants (not incorporated) should not be taxed through the cadastral income. This clarification gives evidence to the tax treatment by encouraging investment in a particularly growing sector.*

### keywords

*Photovoltaic systems – Income tax agricultural company – Assets – Cadastral income.*

### abstract

*La corretta qualificazione degli impianti fotovoltaici ha costituito a lungo oggetto di contrasto interpretativo. Detti impianti sono stati diversamente qualificati e tassati nell'avvicinarsi delle disposizioni normative e dei relativi orientamenti forniti dalla prassi. La qualificazione mobiliare o immobiliare di un impianto fotovoltaico, nonché la relativa attribuzione di rendita catastale ha avuto differenti ripercussioni in sede di tassazione. Con la legge di stabilità del 2016 è stato finalmente chiarito che agli impianti fotovoltaici (non inglobati) non dovrà essere attribuita la rendita catastale. Il mutamento normativo conferisce chiarezza al trattamento tributario favorendo gli investimenti in un settore in particolare crescita.*

### parole chiave

*Impianti fotovoltaici – Reddito tassazione impresa agricola – Beni mobili o immobili – Stima diretta – Rendita catastale.*

### sommario

Premessa. – **1.** La tassazione del reddito prodotto da impianti fotovoltaici di imprese agricole. – **2.** La natura mobiliare o immobiliare degli impianti fotovoltaici. *Iter* normativo ed interpretativo. – **3.** “Gli imbullonati” e la stima diretta. – **4.** Il “cambio di rotta” con la legge di stabilità del 2016. – **5.** Riflessioni conclusive.

### Premessa

La previsione di notevoli incentivi – cd. Conto energia – ha determinato l'avvicinarsi di numerose aziende al settore energetico con particolare riferimento agli impianti fotovoltaici oggetto, tuttavia, di oscillanti interpretazioni da parte dell'Agenzia delle entrate in relazione alla loro corretta qualificazione<sup>1</sup>. L'incertezza sulla natura mobiliare o immobiliare degli impianti fotovoltaici, nonché l'attribuzione della relativa rendita catastale ha avuto notevoli ripercussioni sulle imposte dirette, indirette nonché sui tributi locali<sup>2</sup>.

Con la legge di stabilità per il 2016 (l. 208/2015) la questione interpretativa sembra aver trovato un chiarimento definitivo: in assenza di una centrale elettrica, agli impianti di produzione non inglobati negli immobili non deve essere attribuita la rendita catastale. La rendita sarà attribuita ai soli beni immobili e non dovrà essere calcolata sugli impianti di produzione amovibili (es. pannelli non inglobati)<sup>3</sup>.

Prima di esaminare l'impatto delle recenti modifiche normative appare opportuno analizzare il lungo e complesso *iter* normativo ed interpretativo relativo alla tassazione sui redditi frutto di attività di produzione e cessione di energia elettrica con particolare riferimento al settore agricolo.

### 1. La tassazione del reddito prodotto da impianti fotovoltaici di imprese agricole

In primo luogo è opportuno chiarire che possono essere individuate fra le attività connesse *ex art.* 2135 co. 3 c.c., e come tali produttive di reddito agrario, le attività di produzione e cessione di energia elettrica e calorica derivante da fonti agroforestali e fotovoltaiche,

<sup>1</sup> Cfr. Sia consentito il rinvio a M. P. NASTRI, *La natura degli impianti fotovoltaici tra le scelte contrattuali e incertezze normative*, in *Inn. Dir.*, 2, 2012, p. 147; A. BUSANI, *Anche l'agenzia delle entrate conferma la natura immobiliare dell'impianto fotovoltaico*, in *Corr. trib.*, 17, 2011, p. 1423, ID., *Ma la tour Eiffel è un bene mobile (riflessioni sulla natura immobiliare dell'impianto fotovoltaico)*, in *Not.*, 3, 2011, p. 305; Per ulteriori approfondimenti v. A. FEDELE, *L'imposizione immobiliare. Dalla metafora della “fonte” all'intenzionalità del risultato produttivo*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 5, p. 535.

<sup>2</sup> Cfr. Cost. 20 maggio 2008, n. 162.

<sup>3</sup> Cfr. Cass. sent. 17 novembre 2004, n. 21730, in banca dati *Big suite*, Ipsoa, aveva assimilato sotto il profilo fiscale un parco eolico ad una centrale elettrica, evidenziando invece la diversa funzione di una singola pala eolica.

nonché di carburanti ottenuti da produzioni vegetali provenienti prevalentemente dal fondo e di prodotti chimici derivanti da prodotti agricoli provenienti dal fondo. L'Agenzia delle entrate con la circolare n. 32/E del 2009, aveva chiarito che al fine di poter considerare prevalente l'attività agraria fosse necessario valutare il rapporto fra i prodotti utilizzati nello svolgimento delle attività connesse derivanti dal fondo e quelli acquistati presso terzi. Soltanto nel caso in cui i primi siano prevalenti si connotava una attività agricola cd. connessa, mentre se detta comparazione non fosse stata possibile, si doveva fare riferimento al valore normale dei prodotti confrontandoli con il costo di quelli acquistati e solo in ultimo misurando l'energia derivante dai prodotti propri e quella derivante da prodotti di terzi<sup>4</sup>. La tassazione dei redditi derivanti dalla produzione di energia solare aveva, quindi, trovato chiarezza attraverso gli interventi di prassi dell'Agenzia delle entrate. In particolare la citata circolare del 2009 aveva consentito di individuare i criteri in presenza dei quali prevalesse l'attività di tipo agricolo o quella di impresa scaturente dalla produzione di energia fotovoltaica. Trovava quindi realizzazione un'attività connessa a quella agricola (atipica) in presenza di terreni coltivati con attribuzione di reddito agrario, di proprietà o nella disponibilità dell'imprenditore agricolo, ma anche siti nel medesimo comune ove fosse situato il parco fotovoltaico o quanto meno in uno confinante<sup>5</sup>. La circolare precisava oltre al criterio di connessione territoriale un ulteriore elemento di discriminare individuato nella quantità di energia prodotta: qualora, infatti, la produzione non avesse superato i 200.000 KW, i redditi derivanti sarebbero stati considerati, rientranti nell'attività agricola, mentre la parte eccedente sarebbe stata considerata come connessa all'attività agricola solo se prodotta da impianti realizzati su strutture esistenti.

Sussistevano inoltre altri due criteri dirimenti il volume d'affari dell'impresa agricola, il limite di 1 MW di produzione per azienda, per ogni 10 KW di potenza installata eccedente il limite dei 200.000 KW e la detenzione, da parte dello stesso imprenditore di almeno 1 ettaro di terreno utilizzato per l'attività agricola.

Nel 2014<sup>6</sup>, il legislatore ha modificato la normativa in materia prevedendo che, per il 2014 e 2015, avrebbe trovato applicazione una disciplina transitoria che prevedeva una tassazione a titolo di reddito agrario fino ai 260.000 KW, purché ovviamente si trattasse di attività connesse secondo quanto indicato dalla circo-

lare del 2009. Al di là di detti limiti il reddito costituiva reddito di impresa.

A partire dal periodo di imposta 2016, così come previsto dal d.l. 66/2014, la produzione e la cessione di energia elettrica da parte di imprenditore agricoli è soggetta a tassazione come reddito agrario per la parte ricompresa nei primi 260.000 kw. In conformità con quanto già chiarito dalla circolare del 2009 più volte citata, al superamento del limite ed in assenza di elementi di connessione, il reddito scaturente dall'energia prodotta sarà considerato reddito di impresa<sup>7</sup>.

Viene introdotta una franchigia, prevedendo che i primi 260.000 kWh anno per il fotovoltaico, nel caso di produzione da parte di un imprenditore agricolo sono sempre da considerare come attività connesse a prescindere dalla verifica della prevalenza.

Di particolare rilievo è stato l'intervento della Corte Costituzionale che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento al presunto contrasto con gli artt. 2,3 e 53 Cost. della disciplina prevista dall'art. 1, co. 423, della legge n. 266 del 2005 e dall'articolo 1, co. 1093, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, con riferimento alla mancanza di un limite di natura qualitativa e/o quantitativa per discriminare le attività agricole da quelle di impresa. La Corte ha chiarito, in tal caso, criterio dirimente è la prevalenza o il normale impiego descritto dalla prassi, considerato che anche ove la produzione di energia elettrica possa rientrare fra le attività cd. connesse, queste non devono essere tali da snaturare l'attività principale "contraddicendone la vocazione agricola"<sup>8</sup>.

La sentenza della Corte Costituzionale ha quindi chiarito che la corretta qualificazione dei beni immobili non potrà prescindere dalla verifica della effettiva destinazione tenendo conto anche dell'incidenza del reddito d'impresa rispetto al reddito agrario. Alla luce dell'interpretazione della Consulta il reddito, al di sopra della soglia delineata se non connesso all'attività agricola, rientrerà nel reddito d'impresa e farà perdere agli immobili il requisito di ruralità con il fondo.

L'Amministrazione finanziaria con la risoluzione n. 54/E del 18 luglio 2016 ha ulteriormente chiarito i dubbi in merito al trattamento fiscale delle attività di produzione e di cessione di energia elettrica e calorica da fonti rinnovabili agroforestali in seguito alle modifiche apportate dalla legge di Stabilità 2016 alla

<sup>4</sup> Cfr. Circ. Ag. Entr. 6 luglio 2009, n. 32/E in banca dati *Big suite*, Ipsa.

<sup>5</sup> La Circ. Ag. Entr. 19 dicembre 2013, n.36, in banca dati *Big suite*, Ipsa, precisa che, si deve invece ritenere superata l'indicazione di cui al paragrafo 4 della circolare n. 32/E/2009 in relazione alla connessione, in base alla quale i terreni devono anche essere ubicati nello stesso comune in cui è sito l'impianto fotovoltaico, ovvero in comuni confinanti.

<sup>6</sup> Art. 22 d.l. 24 aprile 2014, n. 66, conv. l. 89/2014.

<sup>7</sup> L'articolo unico, comma 910, della legge n. 208/2015 introduce una nuova disciplina fiscale per la produzione di energia da fonte rinnovabile e di carburanti e prodotti chimici, rendendo definitivo quello che in origine veniva introdotto dall'art. 22 del d.l. n. 66/2014 come regime transitorio che avrebbe dovuto traghettare per un anno, poi esteso a un biennio, verso un sistema impositivo maggiormente allineato con quello previsto per le altre attività connesse.

<sup>8</sup> Cfr. Cost., sent., 24 aprile 2015, n. 66, in *www.cortecostituzionale.it*. Si veda anche Ris. Ag. Entr. 15 ottobre 2015, n. 86 in banca dati *Big suite*, Ipsa.



disciplina<sup>9</sup>. Infatti, entro il limite dei 260.000 kWh, la produzione e la cessione da fonti fotovoltaiche costituiranno sempre attività connesse a quella agricola, di conseguenza produttive di reddito agrario<sup>10</sup>.

Superati i 260.000 kWh l'anno, la tassazione sarà invece forfettaria nel rispetto dei citati criteri di connessione all'attività agricola principale (circ. 32/ del 2009).

In caso contrario, trovano applicazione, per la parte di reddito derivante dalla produzione di energia in eccesso, le regole ordinarie in materia di reddito d'impresa<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> La circolare ha chiarito che la produzione e la cessione di energia elettrica e calorica da fonti rinnovabili agroforestali, fino a 2.400.000 kWh anno, sono attività connesse a quella agricola e si considerano produttive di reddito agrario. Vengono quindi tassate su base catastale, nel presupposto che ricorra il requisito della prevalenza che caratterizza le attività agricole connesse, così come precisato nella circ. 32/E del 2009. Con riferimento al requisito della prevalenza ricorre quando, in termini quantitativi, i prodotti utilizzati nello svolgimento delle attività connesse e ottenuti direttamente dall'attività agricola svolta nel fondo siano prevalenti, cioè superiori rispetto a quelli acquistati presso terzi. La produzione e la cessione di energia elettrica e calorica da fonti rinnovabili agroforestali, oltre i 2.400.000 kWh, andrà invece assoggettata a tassazione forfettaria, sempre a condizione che risulti verificato il requisito della prevalenza. All'ammontare dei corrispettivi delle operazioni soggette a registrazione ai fini Iva, si applicherà relativamente alla componente riconducibile alla valorizzazione di quanto ceduto, con esclusione della quota incentivo, il coefficiente di redditività del 25%, fatta salva l'opzione per la determinazione del reddito nei modi ordinari. In caso di mancato rispetto di tale requisito, produzione e cessione saranno assoggettate a tassazione secondo le ordinarie regole in materia di reddito d'impresa.

<sup>10</sup> Cfr. Ag. Entr. Ris. 6 marzo 2015, n. 26/E in banca dati *big suite*, Ipsa

<sup>11</sup> Cfr. Circ. Ag. Entr. 18 maggio 2016, n. 20, che testualmente prevede «Il comma 910 introduce a regime una norma che, in base all'articolo 22 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, avrebbe dovuto trovare applicazione solo in via transitoria per gli anni 2014 e 2015. Pertanto, ferme restando le disposizioni tributarie in materia di accisa, la produzione e la cessione di energia elettrica e calorica da fonti rinnovabili agroforestali, sino a 2.400.000 kWh anno, e fotovoltaiche, sino a 260.000 kWh anno, nonché di carburanti e prodotti chimici di origine agroforestale provenienti prevalentemente dal fondo effettuate dagli imprenditori agricoli, costituiscono attività connesse ai sensi dell'articolo 2135, terzo comma, del codice civile e si considerano produttive di reddito agrario. Per la produzione di energia, oltre i limiti suddetti, il reddito delle persone fisiche, delle società semplici e degli altri soggetti di cui all'articolo 1, comma 1093, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è determinato, ai fini IRPEF ed IRES applicando all'ammontare dei corrispettivi delle operazioni soggette a registrazione agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto, relativamente alla componente riconducibile alla valorizzazione dell'energia ceduta, con esclusione della quota incentivo, il coefficiente di redditività del 25 per cento, fatta salva l'opzione per la determinazione del reddito nei modi ordinari, previa comunicazione all'ufficio secondo le modalità previste dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 442. In sostanza, in base al comma 423 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, così come definitivamente modificato dalle legge di stabilità per il 2016, la produzione e la cessione di

Dopo aver accennato all'evoluzione normativa della tassazione dei redditi in questo particolare settore occorre soffermarsi sul dibattuto tema che concerne la qualificazione degli impianti. Detti impianti sono stati diversamente qualificati e quindi tassati a seguito dell'avvicinarsi delle disposizioni normative e dei relativi orientamenti forniti dalla prassi<sup>12</sup>.

## 2. La natura mobiliare o immobiliare degli impianti fotovoltaici. *I*ter normativo ed interpretativo

La questione della corretta qualificazione degli impianti fotovoltaici evidenzia numerosi aspetti critici emersi dal dibattito interpretativo con particolare riferimento alla classificazione catastale degli impianti fotovoltaici.

Come noto la questione si è incentrata sulla natura mobiliare o immobiliare considerati talvolta beni mobili in ragione della loro amovibilità oppure diversamente beni immobili in considerazione della grandezza o della produttività dell'impianto.

L'amministrazione finanziaria, già antecedentemente alla circolare n. 36 del 2013, aveva considerato gli impianti fotovoltaici come beni mobili in quanto gli stessi potevano essere agevolmente rimossi e posizionati in altro luogo mantenendo inalterata la loro originaria funzionalità<sup>13, 14</sup>. In tale contesto, però si collocava l'orientamento di segno opposto dell'Agenzia del Territorio che con la risoluzione 3/T 2008 e con le successive note 14223 e 31892 rispettivamente del 2009 e 2012 aveva affermato che gli impianti, di dimensioni tali da non poter essere destinati a mero autoconsumo, potevano essere inquadrati tra i beni immo-

energia elettrica e calorica da fonti rinnovabili agroforestali, sino a 2.400.000 kWh anno, e fotovoltaiche, sino a 260.000 kWh anno, costituiscono attività connesse a quella agricola e si considerano produttive di reddito agrario. Oltre i predetti limiti è invece prevista l'applicazione di una tassazione forfettaria sempreché, tuttavia, con riferimento ai prodotti utilizzati per tali produzioni, risulti rispettato il criterio della "prevalenza", così come definito dalla circolare n. 32/E del 2009. In particolare, per la produzione e cessione di energia da fonti fotovoltaiche è richiesto, come esplicitamente chiarito nella risoluzione n. 86/E del 15 ottobre 2015, il rispetto dei criteri di connessione all'attività agricola principale indicati nella già citata circolare n. 32/E del 2009. Mancando il requisito della connessione all'attività agricola principale, troveranno applicazione, per la parte di reddito derivante dall'energia prodotta in eccesso, le regole ordinarie in materia di reddito d'impresa», in banca dati *Big suite*, Ipsa.

<sup>12</sup> Cfr. A. BUSANI, *Anche l'agenzia delle entrate conferma la natura immobiliare dell'impianto fotovoltaico*, in *Corr. trib.*, 17, 2011, p. 1423, ID., *Ma la tour Eiffel è un bene mobile (riflessioni sulla natura immobiliare dell'impianto fotovoltaico)* in *Not.*, 3, 2011, p. 305; M. P. NASTRI, *La natura degli impianti fotovoltaici tra le scelte contrattuali e incertezze normative*, in *Inn. Dir.*, 2, 2012, p. 147; Per ulteriori approfondimenti v. A. FEDELE, *L'imposizione immobiliare. Dalla metafora della "fonte" all'intenzionalità del risultato produttivo*, in *Riv. dir. trib.* 2011, 5, p. 535.

<sup>13</sup> Cfr. Circ. Ag. Entr. 19 luglio 2007, n. 46/E; Circ. Ag. Entr. 11 aprile 2008, n. 38/E, in banca dati, *Big suite*, Ipsa.

<sup>14</sup> Cfr. Circ. Ag. Entr. 19 dicembre 2013, n. 36, in banca dati *Big suite*, Ipsa.

bili. Nel 2010 l'Agenzia delle entrate, con la circolare 38/E ribadiva che «si è in presenza di beni mobili allorché sia possibile separare il bene mobile dall'immobile, senza che risulti alterata la funzionalità dello stesso ovvero allorché sia possibile riallocare in differente contesto il bene senza che siano necessari antieconomici interventi di adattamento». Solo con la citata circolare del 2013 l'Agenzia conformandosi all'orientamento dell'allora Agenzia del territorio distingueva gli impianti fotovoltaici in ragione di dimensioni e potenza fra beni mobili<sup>15</sup> e immobili, ripartendo all'interno di quest'ultima categoria tra immobili classificabili in D/1 come opifici e in D/10 in presenza dei requisiti di ruralità. Neanche il successivo intervento normativo contenuto nella legge di stabilità 2015 all'art. 1, comma 244<sup>16</sup>, tuttavia non è risultato sufficiente ai fini applicativi<sup>17</sup>. La disposizione relativa all'accertamento catastale degli immobili "produttivi", cioè quelli caratterizzati dalla presenza di impianti e macchinari, rinviava ad una circolare esplicativa in modo a dir poco "insolito" oltre che insufficiente a chiarire le incertezze applicative. L'Agenzia delle Entrate tendeva, infatti, a qualificare come immobili, e quindi rilevanti ai fini della determinazione della rendita catastale, tutti gli impianti, purché superiori 3 KW di potenza installata per ciascun impianto<sup>18</sup>. Al di là della potenza indica-

ta quale requisito ai fini dell'individuazione dell'impianto come bene immobile, l'elemento dirimente era costituito dall'effettiva destinazione dell'immobile su cui insisteva l'impianto al fine di poter correttamente qualificare la natura rurale del fabbricato o del terreno, come di seguito verrà meglio chiarito<sup>19</sup>.

### 3. "Gli imbullonati" e la stima diretta

Con l'introduzione della legge di stabilità 2015, infatti, il legislatore facendo riferimento alla circolare n. 6/T del 2012 dell'Agenzia del Territorio, quale norma di interpretazione autentica, chiarisce che "gli imbullonati" (immobili strumentali inseriti nelle categorie D ed E) sono soggetti a stima diretta con valutazione tecnica delle componenti edilizie ed impiantistiche, finalizzata all'attribuzione di rendita<sup>20</sup>. Per poter valutare se un impianto dovesse essere o meno incluso nella stima catastale doveva farsi riferimento non solo al criterio dell'essenzialità del bene ai fini della destinazione economica dell'unità immobiliare, ma anche alla fissità dello stesso rispetto alle componenti dell'unità immobiliare<sup>21</sup>. Secondo l'interpretazione fornita dalla circolare 6/T citata sembrava chiarita la legittimità ad attribuire ai cd. "imbullonati" una rendita catastale autonoma<sup>22</sup>.

È emerso subito evidente che detto intervento normativo non poteva rispondere alle aspettative riposte dagli operatori<sup>23</sup> destando anche notevoli dubbi applicativi lo strano rinvio alla circolare esplicativa dell'Agenzia delle entrate n. 6/T del 2012, insufficiente a chiarire le incertezze in sede di tassazione<sup>24</sup>. Il legislatore

<sup>15</sup> «In particolare, non sussiste alcun obbligo di dichiarazione al catasto, né come unità immobiliare autonoma, né come variazione della stessa (in considerazione della limitata incidenza reddituale dell'impianto) qualora sia soddisfatto almeno uno dei seguenti requisiti: la potenza nominale dell'impianto fotovoltaico non è superiore a 3 Kw per ogni unità immobiliare servita dall'impianto stesso; la potenza nominale complessiva, espressa in chilowatt, non è superiore a tre volte il numero delle unità immobiliari le cui parti comuni sono servite dall'impianto, indipendentemente dalla circostanza che sia installato al suolo oppure sia architettonicamente o parzialmente integrato ad immobili già censiti al catasto edilizio urbano; per le installazioni ubicate al suolo, il volume individuato dall'intera area destinata all'intervento (comprensiva, quindi, degli spazi liberi che dividono i pannelli fotovoltaici) e dall'altezza relativa all'asse orizzontale mediano dei pannelli stessi, è inferiore a 150 m<sup>3</sup>, in coerenza con il limite volumetrico stabilito dall'art. 3, comma 3, lettera e) del decreto ministeriale 2 gennaio 1998, n. 28.» V. Circ. Ag. Entr., 19 dicembre 2013, n. 36.

<sup>16</sup> Il comma 244 della legge di stabilità 2015 attribuisce alla norma un carattere di temporaneità in attesa dell'attuazione delle disposizioni relative alla revisione della disciplina del sistema estimativo del catasto dei fabbricati, di cui all'articolo 2 della legge 11 marzo 2014, n. 23.

<sup>17</sup> In attesa dell'attuazione delle disposizioni relative alla revisione della disciplina del sistema estimativo del catasto dei fabbricati, di cui all'art. 2 della legge 11 marzo 2014, n. 23, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 2, della legge 27 luglio 2000, n. 212, l'art. 10 del regio decreto-legge 13 aprile 1939, n. 652, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 1939, n. 1249, e successive modificazioni, trovano applicazione le istruzioni contenute nella Circ. n. 6/T del 2012 cit.

<sup>18</sup> Cfr. G. LIOTTI, *La qualificazione degli impianti fotovoltaici: profili catastali urbanistici e soluzioni operative*, in *Not.*, 3, 2014, p. 248; S. BARUZZI, *Legge di stabilità 2015: rendita catastale aleatoria per immobili a destinazione speciale e particolare*, in *Fisco*, 2015, p.

321; G. FORMICA, P. FORMICA, *La qualificazione degli impianti fotovoltaici tra dottrina e giurisprudenza e prassi*, in *Corr. Trib.*, 9, 2014, p. 722.

<sup>19</sup> In tal senso M. DEL VAGLIO, *La rilevanza catastale di impianti e macchinari "imbullonati"*, in *Corr. trib.*, 4, 2015, p. 271.

<sup>20</sup> Il comma 244 della legge di stabilità 2015 attribuisce alla norma un carattere di temporaneità in attesa dell'attuazione delle disposizioni relative alla revisione della disciplina del sistema estimativo del catasto dei fabbricati, di cui all'articolo 2 della legge 11 marzo 2014, n. 23.

<sup>21</sup> In tal senso S. CHIRICHIGNO, *La legge di stabilità codifica le regole di accatastamento delle unità immobiliari a destinazione speciale*, in *Corr. Trib.*, 12, 2015, p. 933; M. DEL VAGLIO, *La rilevanza catastale di impianti e macchinari "imbullonati"*, in *Corr. trib.*, 4, 2015, p. 271.

<sup>22</sup> Cfr. A. CHIARELLO, *La questione sui c.d. macchinari imbullonati trova una soluzione legislativa che influisce sul contenzioso pendente*, in *Aziend. - Fin. Trib.*, 2, 2015, p. 127; M. DEL VAGLIO, *La rilevanza catastale di impianti e macchinari "imbullonati"*, cit., p. 271.

<sup>23</sup> In attesa dell'attuazione delle disposizioni relative alla revisione della disciplina del sistema estimativo del catasto dei fabbricati, di cui all'art. 2 della legge 11 marzo 2014, n. 23, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 2, della legge 27 luglio 2000, n. 212, l'art. 10 del regio decreto-legge 13 aprile 1939, n. 652, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 1939, n. 1249, e successive modificazioni, trovano applicazione le istruzioni contenute nella Circ. n. 6/T del 2012 cit.

<sup>24</sup> Il comma 244 della legge di stabilità 2015 fa riferimento all'articolo 10 ("Fabbricati per uso industriale o commerciale") del r.d.l.

re, quindi, a fronte delle altalenanti interpretazioni e al proliferare del contenzioso è nuovamente intervenuto sulla materia la legge di stabilità 2016.

#### 4. Il "cambio di rotta" con la legge di stabilità 2016

La Direzione centrale Catasto Cartografia e Pubblicità Immobiliare dell'Agenzia delle Entrate, con l'art. 1, commi 21-24 della legge di stabilità 2016 ha introdotto i nuovi criteri di determinazione della stima diretta degli immobili a destinazione speciale. L'art. 1 al comma 21 prevede infatti che, a decorrere dal 1 gennaio 2016, la determinazione della rendita catastale degli immobili a destinazione speciale (D ed E) venga effettuata tramite stima diretta tenendo conto del suolo e delle costruzioni e degli elementi strutturalmente connessi che ne accrescono sia la qualità e l'utilità nei limiti del normale apprezzamento, escludendo tutti i macchinari, congegni, attrezzature ed impianti che caratterizzano l'attività svolta nell'immobile, dalla determinazione della rendita.

Il legislatore modifica nuovamente la disciplina operando un "cambio di rotta" rispetto alla normativa vigente nel 2015 ed agli innumerevoli e contrastanti orientamenti dell'Agenzia delle Entrate. Attualmente sono, quindi, sottratti alla valutazione le diverse componenti impiantistiche funzionali ad uno specifico processo produttivo.

Ulteriori elementi e criteri di individuazione sono contenuti nella circolare n. 2/E del 1 febbraio 2016 in merito alle modalità di stima diretta attraverso la procedura Docfa. Non sembrano emergere particolari problemi interpretativi, in relazione all'individuazione del "suolo" (es. aree coperte, scoperte accessorie e pertinentziali) e delle "costruzioni" (es. fabbricati, pontili, gallerie dighe, canali, serbatoi ecc.), mentre per gli elementi strutturalmente connessi al suolo o alle costruzioni che ne accrescono la qualità e l'utilità l'Agenzia fa riferimento al concetto di fruibilità e utilità dell'immobile da parte di una generalità di utilizzatori distinguendole da quelle componenti tecnologiche che sono proprie di un ciclo produttivo (es. impianti elettrici, di climatizzazione ascensori scale ecc.). Rientrano in detta categoria i pannelli solari integrati sui tetti o nelle pareti che non possono essere smontati senza rendere inutilizzabile la copertura o la parete cui sono connessi.

n. 652/1939 (convertito dalla legge n. 1249/39) e successive modificazioni. Detta norma prevede che la rendita catastale delle unità immobiliari costituite da opifici ed in genere dai fabbricati di cui all'art. 28 della legge 8 giugno 1936, n. 1231, costruiti per le speciali esigenze di una attività industriale o commerciale e non suscettibili di una destinazione estranea alle esigenze suddette senza radicali trasformazioni, è determinata con stima diretta per ogni singola unità e che si procede in tal senso anche per la determinazione della rendita catastale delle unità immobiliari che non sono raggruppabili in categorie e classi, per la singolarità delle loro caratteristiche. Sul punto v. S. BARUZZI, *Legge di stabilità 2015: rendita catastale aleatoria per gli immobili a destinazione speciale e particolare*, cit., p. 321.

La stessa circolare 2/E citata evidenzia la difficoltà di fornire una elencazione tassativa a causa della molteplicità delle casistiche riscontrabili nei vari processi produttivi connessi peraltro a continue evoluzioni tecnologiche, ciò nonostante a titolo esemplificativo chiarisce che a partire dal 1° gennaio 2016 non sono più soggette a stima le caldaie, le camere di combustione, le turbine gli *inverter* e i pannelli fotovoltaici (ad eccezione di quelli integrati nella struttura). Sono quindi sottratti gli elementi meramente funzionali allo specifico processo produttivo ed in particolare quegli elementi che, antecedentemente alla legge di stabilità 2016, erano invece soggetti a valutazione con stima diretta.

Come noto, per poter usufruire del beneficio (esclusione dei cd. imbullonati) i contribuenti hanno avuto termine fino al 15 giugno 2016 per ottenere un nuovo provvedimento catastale. La richiesta effettuata prevede la rideterminazione delle rendite catastali a far data del 1 gennaio 2016. Anche per gli impianti fotovoltaici (non inglobati) si potrà quindi procedere a presentare una richiesta di aggiornamento catastale per poter usufruire del nuovo e più favorevole regime impositivo.

Appare evidente che la nuova disciplina conferisca maggiore chiarezza applicativa anche se, considerata l'ampiezza delle fattispecie attualmente escluse dalla tassazione si evidenzia un'ampia perdita di gettito.

#### 5. Riflessioni conclusive

Attualmente in relazione ai fabbricati il dato catastale ha quindi assunto un ruolo dominante costituendo elemento oggettivo ai fini della qualificazione. Da un quadro normativo incerto mutevole e lacunoso, finalmente nel 2016 si è giunti ad un chiarimento normativo che non lascia spazio a dubbi. Si auspica che detto ultimo intervento del legislatore possa contribuire ad eliminare l'incertezza applicativa che nel tempo ha scoraggiato gli investimenti in un settore di grande interesse produttivo<sup>25</sup>. Se infatti, da un lato, la previ-

<sup>25</sup> Con la risoluzione 58/E del 20 luglio 2016, l'Agenzia delle Entrate fornisce chiarimenti in merito alla possibilità di beneficiare dell'agevolazione "Tremonti ambientale" (articolo 6, legge 388/2000) in un periodo d'imposta successivo a quello di effettuazione dell'investimento ambientale e alla cumulabilità della stessa con le agevolazioni previste dai "conti energia", disciplinati dal ministero dello Sviluppo economico. Rispetto alla possibilità di usufruire dello sconto d'imposta in un periodo successivo a quello di effettuazione dell'investimento ambientale, come già chiarito con la risoluzione 132/2010 a proposito della "Tremonti-ter", l'Agenzia ritiene che la deduzione può essere "riacchiappata" in sede di dichiarazione dei redditi integrativa (articolo 2, comma 8-bis, d.P.R. n. 322/1998). Decorsi i termini per l'integrativa, rimane ancora la *chance* dell'istanza di rimborso (articolo 38, del d.P.R. n. 602/1973). In sostanza, la risoluzione 58/E chiarisce che l'Agenzia delle Entrate non può pronunciarsi sul cumulo della misura fiscale con le agevolazioni di natura non tributaria del "conto energia". Il contribuente, che dovesse decidere di usufruire della detassa-

sione di notevoli incentivi ha incoraggiato numerose aziende ad investire su impianti e pannelli fotovoltaici, dall'altro la natura e quindi l'incerta qualificazione degli stessi ha avuto innegabili ripercussioni determinando troppe incertezze in merito alla tassazione<sup>26</sup>. Le lacune normative, i *revirement* dell'amministrazione e le continue modifiche intervenute in materia, hanno determinato un rischio fiscale non sopportabile per gli imprenditori con conseguente violazione della spesso dimenticata tutela del legittimo affidamento del contribuente (art. 10 Statuto dei diritti del contribuente)<sup>27</sup>. La legge di stabilità del 2016 sembra aver finalmente chiarito gli aspetti controversi operando nella giusta direzione per poter creare le condizioni di certezza che possano eliminare, almeno in questo settore, il cd. rischio fiscale che spesso disincentiva gli investimenti delle imprese sul nostro territorio.

Occorre tuttavia fare un'ultima considerazione a margine in merito al Reg. UE 1042/2013 che con effetto dal 1° gennaio 2017, modifica il Reg. UE 282/2011, in materia di territorialità IVA per i servizi immobiliari riportando una definizione comunitaria di "beni immobili" e delineando il nesso che lega i servizi a tali beni, al fine di individuare la corretta determinazione del loro requisito territoriale<sup>28</sup>. L'Agenzia delle entrate, infatti, come innanzi descritto, ha spesso utilizzato l'accatastamento del bene quale elemento idoneo ad attribuire la qualificazione del bene come

zione ambientale *ex post* potrebbe rischiare di subire la revoca, da parte del Gestore dei servizi energetici, dei benefici previsti dai vari conti energia, sulla base delle valutazioni del Mise in ordine alla cumulabilità degli stessi con altre misure di vantaggio.

<sup>26</sup> Per ulteriori approfondimenti v. A. FEDELE, *L'imposizione immobiliare. Dalla metafora della "fonte" all'intenzionalità del risultato produttivo*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 5, p. 535.

<sup>27</sup> Cfr. Ag. Entr. Circ. n. 36/E, 2013 che testualmente chiarisce: «la circ. n. 36/E/2013 sottolinea, opportunamente, che sono fatti salvi, ai sensi dell'articolo 10 ("Tutela dell'affidamento e della buona fede") dello Statuto del Contribuente (l. n. 212/2000), i comportamenti tenuti dai contribuenti ai fini delle imposte dirette ed indirette, sulla base delle diverse indicazioni rese con precedenti documenti di prassi».

<sup>28</sup> Una definizione coerente del diritto comunitario è fornita dal legislatore europeo a prescindere dalle differenti interpretazioni degli Stati Membri al fine di garantire un trattamento fiscale uniforme. Detta definizione scaturisce in larga parte dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa *Fonden Marselisborg Lystbadehavn* in cui l'Avvocato Generale ha affermato che il bene immobile può essere definito come «una porzione determinata della superficie terrestre, comprendente gli edifici ivi stabilmente costruiti, che può essere oggetto di proprietà e di possesso». La definizione ha generato la stesura della lett. a) dell'art. 13-ter del Reg. 282/2011 che considera beni immobili «una parte specifica del suolo, in superficie o nel sottosuolo, su cui sia possibile costituire diritti di proprietà e il possesso». Ai fini dell'interpretazione della nuova norma sono di ausilio le Note esplicative del Regolamento UE di esecuzione n. 1042/2013 che, seppure giuridicamente non vincolanti, forniscono utili orientamenti pratici informali agli operatori non precludendo alle amministrazioni fiscali degli Stati Membri la possibilità di esprimere propri orientamenti in merito all'interpretazione delle disposizioni comunitarie.

immobile e sebbene il Regolamento di esecuzione UE n. 1042/2013 e le relative Note esplicative nulla affermano in merito al requisito – formale e domestico – dell'accatastamento, ai fini della qualificazione dei beni come immobili, detto elemento non risulta utile ai fini della qualificazione ai fini IVA, considerato che, in caso di incertezza, i criteri dettati dal Regolamento prevalgono rispetto ai requisiti catastali. Dall'*excursus* effettuato non emergono particolari divergenze in merito alla qualificazione civilistica italiana dei beni immobili, rispetto ai criteri di qualificazione che la normativa comunitaria effettua ai fini della territorialità IVA. Occorre tuttavia soffermarsi con particolare attenzione sulla qualificazione di quei beni mobili che accedono alla definizione di immobile per destinazione funzionale. I criteri qualificanti utilizzati dall'Agenzia delle entrate in merito a diversi beni mobili la cui qualificazione come immobile è stata determinata dalla loro accessione funzionale (es. le turbine montate nelle centrali elettriche, i pannelli fotovoltaici, i c.d. imbullonati) spesso per esigenze differenti da quelle relative alla determinazione del requisito territoriale IVA sono stati qualificati come beni immobili<sup>29</sup>. Detta destinazione deve sempre essere effettuata sulla base dei criteri interpretativi forniti dalla normativa comunitaria senza tenere conto di altri parametri utilizzati ad esempio per la tassazione locale. L'interprete dovrà quindi effettuare una ponderata riflessione sulla base di nuovi canoni interpretativi – armonizzati a livello comunitario al fine di evitare doppie o omesse tassazioni. Il mutato contesto di riferimento non esclude, infatti, che la territorialità IVA possa fondarsi su criteri differenti da quelli che caratterizzano altri ambiti tributari.

<sup>29</sup> Cfr. P. CENTORE, *Servizi relativi a beni immobili e Iva: Novità legislative in Europa e in Italia*, in *Fisc. Comm. Intern.*, 4/2015, p. 5; G. LIBERATORE, *La commissione illustra le prossime novità sui servizi relativi ad immobili*, in *Fisc. Comm. Intern.*, 6/2016, p. 15.

## Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione

### Iva – Omessa dichiarazione – Detraibilità – Effettività del credito – Prova

*La neutralità dell'IVA comporta la possibilità per il contribuente di detrarre un credito derivante da una dichiarazione omessa nella misura in cui dimostri l'effettività del credito stesso. Ovvero, se fornisce prova che deriva da acquisti effettuati nell'ambito dell'attività di impresa e come tali detraibili. L'esercizio del diritto di detrazione dell'eccedenza IVA va dunque riconosciuto a fronte di una operazione concreta ed effettiva. Pertanto, se il contribuente disattende le prescrizioni formali e contabili ha l'onere di provare adeguatamente l'esistenza delle condizioni sostanziali cui la normativa comunitaria ricollega l'insorgenza del diritto alla detrazione.*

Cass., sez. un., 8 settembre 2016, n. 17757, Pres. Rordorf, Rel. Cirillo

### Rimborso IVA – Art. 30, lett c) e art. 4, comma 1, del d.P.R 633/1972, art. 40 e art. 43 del d.P.R n. 917/1986 – Immobili di imprese commerciali – Beni in locazione e in comodato – Funzione strumentale del bene rispetto all'attività imprenditoriale – Prova

*La Corte ritorna sul tema del rimborso IVA per acquisti immobiliari. A tal proposito l'art. 40 del D.P.R. n. 917 del 1986 non va inteso come una sorta di riconoscimento della strumentalità del bene a prescindere dalle caratteristiche del medesimo in rapporto all'attività aziendale. Occorre, infatti, sempre e comunque la prova dell'inerenza del bene all'attività della società. Solo laddove risulti dimostrata e non solo affermata, l'insuscettibilità di una destinazione del bene diversa, è possibile prescindere dall'utilizzo concreto fatto dall'impresa in un determinato momento storico. La valutazione, in particolare, deve basarsi sulla considerazione dell'intenzione del soggetto passivo di imposta e deve essere confermata da elementi obiettivi. In tal caso è possibile prescindere dal fatto che il bene sia dato in locazione o in comodato. La Cassazione pertanto non condivide l'argomentazione dei Giudici di Appello che hanno riconosciuto il diritto al rimborso IVA unicamente sul presupposto che i beni siano catastalmente identificati come beni strumentali per natura.*

Cass., sez. trib., 9 agosto 2016, n. 16684, Pres. Bielli, Rel. Vella

### Tassazione separata – Avviso bonario – Agenzia delle Entrate – Iscrizione a ruolo – Riscossione

*L'art. 36-bis del d.P.R. n. 600/1973 prevede l'obbligo, in capo all'amministrazione finanziaria, di inviare una comunicazione bonaria nella quale devono essere indicati gli esiti della liquidazione, prima dell'iscrizione a ruolo. L'omissione di tale adempimento comporta la nullità dell'iscrizione a ruolo soltanto nei casi in cui "sussistono incertezze su aspetti rilevanti della dichiarazione", mentre se la riscossione ex art. 36-bis è il mero risultato dell'incapienza dei versamenti effettuati dal contribuente, rispetto a quanto esposto nella dichiarazione, il mancato invio della comunicazione può determinare al più la riduzione delle sanzioni. Tuttavia, qualora l'Agenzia delle Entrate proceda al calcolo di somme soggette a tassazione separata, ossia quei redditi percepiti una tantum, essa è sempre tenuta a notificare al contribuente gli esiti della propria liquidazione, prima di procedere alla riscossione mediante ruolo. In tal caso, l'omissione della comunicazione rappresenta sempre motivo di nullità della successiva iscrizione a ruolo, a prescindere dai contenuti della liquidazione o da eventuali incertezze sulla dichiarazione.*

Cass. civ., sez. VI, 22 giugno 2016, n. 12927, Pres. Iacobellis, Rel. Cigna

### Reddito d'impresa – Costi deducibili – Spese legali – Imputazione temporale – Art. 109 TUIR

*In materia di prestazioni professionali vige la regola della postnumerazione (artt. 2225 e 2233 c.c.): il diritto al compenso pattuito matura una volta posta in essere una prestazione tecnicamente idonea a raggiungere il risultato a cui la prestazione è diretta. Il diritto all'anticipo delle spese occorrenti all'esecuzione dell'opera e quello all'acconto sono espressione dell'obbligo di collaborazione che grava sul cliente, per consentire al prestatore di dare inizio e di proseguire la propria opera, ma non incidono sul carattere unitario della prestazione difensiva. Ciò importa che gli onorari di avvocato debbano essere liquidati in base alla tariffa vigente nel momento in cui la prestazione è condotta a termine*

*per effetto dell'esaurimento o della cessazione dell'incarico professionale. L'unitarietà va rapportata ai singoli gradi in cui si è svolto il giudizio, e quindi al momento della pronuncia che chiude ciascun grado. Tale assunto, ribadisce la Suprema Corte, è confermato anche dalle norme in tema di prescrizione del diritto dell'avvocato al compenso, che decorre dal momento dell'esaurimento dell'affare. Il giudice tributario dovrà quindi uniformarsi al seguente principio di diritto: il corrispettivo della prestazione del professionista legale e la relativa spesa si considerano rispettivamente conseguiti e sostenuti quando la prestazione è condotta a termine, per effetto dell'esaurimento o della cessazione dell'incarico professionale.*

Cass., sez. V, 11 agosto 2016, n. 16969, Pres. Bielli, Rel. Marulli

## CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

**Rinvio pregiudiziale -- Direttiva 2006/112/CE – Articoli 167, 168, da 178 a 182, 193, 206, 242, 244, 250, 252 e 273 – Diritto a detrazione dell'IVA – Requisiti sostanziali – Requisiti formali – Termine di decadenza – Violazione dei requisiti formali – Evasione fiscale**

*La direttiva 2006/112/CE non osta ad una normativa nazionale che consenta di negare il diritto alla detrazione IVA allorché il soggetto passivo, omettendo la presentazione della dichiarazione IVA abbia violato gli obblighi formali e non sia stato in grado di permettere il controllo da parte dell'amministrazione finanziaria tramite la corretta tenuta delle scritture contabili e la registrazione delle fatture. Tale condotta, risulta infatti idonea a compromettere il buon funzionamento del sistema comune IVA e ad impedire l'esatta riscossione dell'imposta, potendosi considerare alla stregua di un'evasione fiscale.*

*Inoltre, è del tutto coerente con gli obiettivi della direttiva 2006/112/CE e pienamente rispettosa del principio di certezza del diritto, la previsione di un termine di decadenza per l'esercizio del diritto a detrazione, purché rispettoso dei principi di equivalenza ed effettività.*

Corte giust., sentenza del 28 luglio 2016, C-332/15, *Astone*

**Rinvio pregiudiziale – Articolo 56 TFUE – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni – Normativa tributaria – Assoggettamento ad imposta degli interessi percepiti – Differenza di trattamento tra gli istituti di credito residenti e gli istituti di credito non residenti**

*È in contrasto con la libera prestazione dei servizi (sancita attualmente dall'art. 56 TFUE), e dunque discriminatoria, una normativa nazionale che assoggetta gli istituti di credito non residenti ad imposta sui redditi da interessi percepiti all'interno dello Stato membro interessato, e che esclude la possibilità di deduzione delle spese professionali direttamente connesse all'attività in questione, nel caso in cui tale possibilità è riconosciuta invece agli istituti di credito residenti. È rimesso alla valutazione del giudice nazionale stabilire quali siano le spese professionali che possono essere considerate direttamente connesse con l'attività in questione.*

Corte giust., sentenza del 13 luglio 2016, C-18/15, *Brisal e KBC Finance Ireland*



## Diritto internazionale

MISURE D'INTEGRAZIONE: QUANDO L'INTEGRITÀ DEI "CONFINI" STATALI FAGOCITA  
L'INTEGRAZIONE DEL CITTADINO "STRANIERO"?

*Nota a Corte giust., 9 luglio 2015, causa C-153/14, Minister van Buitenlandse Zaken*

*c K. e A.* ..... 968

di Tania Tafuri

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA ..... 981





## Misure d'integrazione: quando l'integrità dei "confini" statali fagocita l'integrazione del cittadino "straniero"?

*Nota a Corte giust., 9 luglio 2015, causa C-153/14,*

*Minister van Buitenlandse Zaken c K. e A.*

### abstract

*A State of U.E. can impose as integration measures compatible with Directive 2003/86 / CE, a language test and a culture test of their nation to the foreign citizens that wish to enter into the member country for to be reunited with their families. However, such measures have to promote the integration of foreigners who make question to reunification, and not the control of their inputs, so it is necessary to respect the principle of proportionality.*

### keywords

*Directive 2003/86 / CE- Article 7, paragraph 2 – Family reunification – Measures of integration – The principle of proportionality.*

### abstract

*Uno Stato dell'Unione Europea può imporre, quale misura d'integrazione compatibile con la Direttiva 2003/86/CE, un test di lingua e sulla cultura della propria nazione ai cittadini stranieri che desiderano entrare nel Paese membro per ricongiungersi ai propri familiari. Tuttavia, affinché tali misure siano utilizzate per favorire l'integrazione degli stranieri che fanno domanda di ricongiungimento, e non il controllo dei loro ingressi, è necessario che sia rispettato il principio di proporzionalità.*

### parole chiave

*Misure d'integrazione – Ricongiungimento familiare – Compatibilità.*

### Misure d'integrazione – ricongiungimento familiare – compatibilità

*Le misure d'integrazione sono compatibili con l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86/CE qualora non rendano impossibile o eccessivamente difficile il ricongiungimento.*

Corte giust., 9 luglio 2015, causa C-153/14,

Minister van Buitenlandse Zaken c K. e A.

(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (GU L 251, pag. 12).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di due controversie tra il Minister van Buitenlandse Zaken (Ministro degli Affari esteri) e, rispettivamente, K e A, in merito alla loro domanda di permesso di soggiorno temporaneo nei Paesi Bassi ai fini del ricongiungimento familiare con i loro coniugi residenti in tale Stato membro.

### Contesto normativo

#### Il diritto dell'Unione

3 L'articolo 1 della direttiva 2003/86 prevede quanto segue:

«Lo scopo della presente direttiva è quello di fissare le condizioni dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare di cui dispongono i cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri».

4 Il successivo articolo 4, paragrafo 1, così dispone:

«In virtù della presente direttiva e subordinatamente alle condizioni stabilite al capo IV e all'articolo 16, gli Stati membri autorizzano l'ingresso e il soggiorno dei seguenti familiari:

a) il coniuge del soggiornante;

(...)».

5 Il capo IV della direttiva 2003/86, rubricato «Condizioni richieste per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare», contiene gli articoli da 6 a 8. Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, di tale direttiva:

«Gli Stati membri possono respingere una domanda di ingresso e soggiorno dei familiari per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di sanità pubblica».

6 L'articolo 7 della direttiva 2003/86 è del seguente tenore:

«1. Al momento della presentazione della domanda di ricongiungimento familiare, lo Stato membro interessato può chiedere alla persona che ha presentato la richiesta di dimostrare che il soggiornante dispone:

a) di un alloggio considerato normale per una famiglia analoga nella stessa regione e che corrisponda alle norme generali di sicurezza e di salubrità in vigore nello Stato membro interessato;

b) di un'assicurazione contro le malattie che copra tutti i rischi di norma coperti per i cittadini dello Stato membro interessato, per se stesso e per i suoi familiari;

c) di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari senza ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato. Gli Stati membri valutano queste risorse rispetto alla loro natura e regolarità e possono tenere conto della soglia minima delle retribuzioni e delle pensioni nazionali nonché del numero dei familiari.

2. Gli Stati membri possono chiedere ai cittadini di paesi terzi di soddisfare le misure di integrazione, conformemente alla legislazione nazionale.

In riferimento ai rifugiati e/o ai loro familiari di cui all'articolo 12, le misure di integrazione di cui al primo comma possono essere applicate soltanto dopo che alle persone interessate sia stato accordato il ricongiungimento familiare».

7 L'articolo 17 della direttiva di cui trattasi così dispone:

«In caso di rigetto di una domanda, di ritiro o di mancato rinnovo del permesso di soggiorno o di adozione di una misura di allontanamento nei confronti del soggiornante o dei suoi familiari, gli Stati membri prendono nella dovuta considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona e la durata del suo soggiorno nello Stato membro, nonché l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine».

#### *Il diritto olandese*

8 Dalla decisione di rinvio emerge che gli articoli 4, paragrafo 1, e 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86 sono stati recepiti dagli articoli 14 e 16, paragrafo 1, frase introduttiva, e lettera h), della legge del 2000 sugli stranieri (Vreemdelingenwet 2000, in prosieguo: la «Vw 2000»), nonché dagli articoli 3.71a, 3.98a e 3.98b del decreto del 2000 sugli stranieri (Vreemdelingenbesluit 2000, in prosieguo: il «Vb 2000»).

9 La politica adottata dal Segretario di Stato in esecuzione di tali disposizioni è attuata dal paragrafo B1/4.7.1.2. della circolare del 2000 sugli stranieri (Vreemdelingencirculaire 2000), nella versione applicabile al procedimento principale (in prosieguo: la «Vc 2000»).

10 Occorre prendere altresì in considerazione la legge relativa all'integrazione civica (Wet inburgering, in prosieguo: la «Wi»), nonché il regolamento del

2000 sugli stranieri (Voorschrift Vreemdelingen 2000, in prosieguo: il «regolamento del 2000») e la circolare n. 2011/7 del Servizio dell'immigrazione e naturalizzazione (in prosieguo: la «circolare»).

La Vw 2000

11 L'articolo 1, lettera h), della Vw 2000 è così formulato:

«Ai sensi della presente legge e delle disposizioni adottate in base alla stessa, si intende per:

(...)

h) permesso di soggiorno temporaneo un visto per un soggiorno di oltre tre mesi chiesto personalmente da uno straniero presso una delle rappresentanze diplomatiche o consolari [del Regno] dei Paesi Bassi nel paese di provenienza o di residenza permanente o, in mancanza, nel paese più vicino in cui ha sede una rappresentanza [...] e rilasciato da detta rappresentanza in forza di previa autorizzazione del Ministro degli Affari esteri (...).

12 Ai sensi dell'articolo 8 della Vw 2000:

«Uno straniero soggiorna legalmente nei Paesi Bassi:

a) se dispone di un permesso di soggiorno a tempo determinato come previsto dall'articolo 14;

b) se dispone di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato come previsto dall'articolo 20;

c) se dispone di un permesso di soggiorno a tempo determinato come previsto dall'articolo 28;

d) se dispone di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato come previsto dall'articolo 33.

(...).

13 Conformemente all'articolo 14, paragrafo 1, lettera a) della Vw 2000, il Ministro è competente per approvare, respingere o non prendere in considerazione la domanda diretta ad ottenere un permesso di soggiorno a tempo determinato.

14 In forza dell'articolo 16, paragrafo 1, lettera h), della Vw 2000, una domanda di permesso di soggiorno a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 14 di tale legge, può essere respinta qualora il cittadino di un paese terzo, che non rientra in una delle categorie di cui all'articolo 17, paragrafo 1, della medesima legge, risulti soggetto, dopo aver ottenuto un permesso di soggiorno regolare nei Paesi Bassi, all'obbligo di integrazione civica ai sensi degli articoli 3 e 5 della Wi e non disponga di una conoscenza a livello di base della lingua e della società olandesi.

15 L'articolo 17, paragrafo 1, della Vw 2000 indica alcune categorie di cittadini di paesi terzi le cui domande di permesso di soggiorno a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 14 della medesima legge, non sono respinte a causa della mancanza di un permesso di soggiorno temporaneo.

La Wi

16 Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) della Wi:

«È soggetto all'obbligo di integrazione civica lo straniero avente soggiorno regolare, ai sensi dell'arti-

colo 8, lettere da a) a e), oppure 1), della Vw 2000 il quale:

a. risieda nei Paesi Bassi con una finalità diversa dal soggiorno temporaneo (...).

17 L'articolo 5 della Wi elenca una serie di categorie di cittadini di paesi terzi non soggetti all'obbligo di integrazione civica.

Il Vb 2000

18 L'articolo 3.71, paragrafo 1, del Vb 2000 è così formulato:

«La domanda di rilascio di un permesso di soggiorno a tempo determinato, di cui all'articolo 14 della [Vw 2000], è respinta se lo straniero non dispone di un valido permesso di soggiorno temporaneo (...).

19 Ai sensi dell'articolo 3.71a del Vb 2000:

«1. Uno straniero possiede una conoscenza di base della lingua olandese e della società olandese, ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, lettera h), della [Vw 2000] se, entro l'anno immediatamente precedente alla domanda di permesso di soggiorno temporaneo, ha superato l'esame base di integrazione civica, di cui all'articolo 3.98a.

2. La domanda di rilascio di un permesso di soggiorno a tempo determinato di cui all'articolo 14 della [Vw 2000], non è respinta sulla base dell'articolo 16, paragrafo 1, lettera h), di [detta legge], se lo straniero: (...)

c. ha dimostrato in maniera soddisfacente al Minister voor Wonen, Wijken en Integratie (in prosieguo: il «Ministro per l'Alloggio, l'Urbanistica e l'Integrazione») di non essere in grado, in modo duraturo, a causa di un handicap fisico o psichico, di superare l'esame di base di integrazione civica di cui all'articolo 3.98a;

d. non ha superato l'esame di base di integrazione civica di cui all'articolo 3.98a e il rigetto di tale domanda avrebbe comportato, secondo il Ministro per l'Alloggio, l'Urbanistica e l'Integrazione, una grave ingiustizia.

(...).

20 L'articolo 3.98a del Vb 2000 è formulato nel modo seguente:

«1. Il nostro Ministro per l'Alloggio, l'Urbanistica e l'Integrazione fissa l'esame di base di integrazione civica volto a valutare la conoscenza della lingua e della società olandese, di cui all'articolo 16, paragrafo 1, lettera h) della [Vw 2000], mediante un sistema automatizzato.

2. L'esame di base di integrazione civica include un esame sulle capacità dello straniero di comprensione scritta e orale nonché di espressione orale in neerlandese.

3. Il nostro Ministro per l'Alloggio, l'Urbanistica e l'Integrazione stabilisce un programma d'esame delle capacità di comprensione scritta e orale e di espressione orale. Tale programma d'esame mira a garantire che lo straniero che ha superato l'esame disponga delle seguenti capacità relative alla lingua neerlandese

al livello A1 del quadro europeo di riferimento per le lingue straniere moderne:

a. comprensione scritta;

b. comprensione orale;

c. espressione orale.

4. La normalizzazione delle capacità in materia di comprensione scritta e orale e di espressione orale dell'esame di base d'integrazione civica è allineata ad uno dei livelli del quadro europeo per le lingue straniere moderne.

5. L'esame di base di integrazione civica include altresì un esame sulla conoscenza della società olandese.

6. Il nostro Ministro per l'Alloggio, l'Urbanistica e l'Integrazione stabilisce un programma d'esame per la conoscenza richiesta della società olandese. Tale programma d'esame garantisce che lo straniero che ha superato l'esame di base d'integrazione civica disponga di una conoscenza pratica elementare dei seguenti elementi:

a. i[l] [Regno dei] Paesi Bassi, comprese topografia, storia e organizzazione politica;

b. alloggio, istruzione, lavoro, sanità e integrazione civica nei Paesi Bassi;

c. i propri diritti e i propri obblighi dopo l'ingresso nei Paesi Bassi;

d. i diritti e gli obblighi dei terzi nei Paesi Bassi;

e. le regole di convivenza vigenti nei Paesi Bassi.

7. L'esame di base di integrazione civica si svolge in neerlandese e non supera il livello indicato al paragrafo 3.

8. I programmi d'esame di cui ai paragrafi 3 e 6 sono messi a disposizione ai sensi delle norme da stabilire dal nostro Ministro per l'Alloggio, l'Urbanistica e l'Integrazione, versando l'importo che sarà fissato da quest'ultimo».

21 L'articolo 3.98b del Vb 2000 è formulato nel modo seguente:

«1. Non è ammesso all'esame di base di integrazione lo straniero che:

a. non ha pagato le spese ad esso relative conformemente alle norme stabilite dal nostro Ministro per l'Alloggio, l'Urbanistica e l'Integrazione, (...)

(...)

2. Le spese di cui al paragrafo 1, lettera a), ammontano a EUR 350 (...).

Il regolamento del 2000

22 L'articolo 3.11 del regolamento del 2000 prevede quanto segue:

«1. I programmi d'esame di cui all'articolo 3.98a, paragrafi 3 e 6 [del Vb 2000] che sono riprodotti nel pacchetto di autoapprendimento Naar Nederland sono disponibili presso tutte le librerie convenzionate nonché tramite le librerie online.

2. Il prezzo raccomandato del pacchetto di autoapprendimento ammonta a EUR 110».

La Vc 2000

23 Conformemente al paragrafo B1/4.7.1.2 della

Vc 2000, la domanda di permesso di soggiorno a tempo determinato non è respinta, in applicazione dell'articolo 3.71a, paragrafo 2, lettera d), del Vb 2000, se il cittadino di un paese terzo non ha superato l'esame di base di integrazione civica, ma il rigetto della sua domanda determinerebbe una situazione di grave ingiustizia. Ciò avviene se, in seguito ad una combinazione di circostanze individuali del tutto particolari, il cittadino di un paese terzo non è in grado, in maniera duratura, di superare l'esame di base di integrazione civica. Ai sensi della Vc 2000, la mera circostanza di aver sostenuto l'esame una o più volte non giustifica il richiamo alla clausola di equità prevista dall'articolo 3.71a, paragrafo 2, lettera d), del Vb 2000.

La circolare

24 Secondo il giudice del rinvio, la circolare indica che sono soggetti all'obbligo di integrazione civica i cittadini di paesi terzi che prima di fare ingresso nei Paesi Bassi devono essere in possesso di un permesso di soggiorno temporaneo, che arrivano nei Paesi Bassi per finalità di soggiorno non temporaneo ai sensi della Wi e che non sono esonerati dall'obbligo di integrazione civica in forza degli articoli 3 e 5 della Wi.

25 L'esame di base di integrazione civica di cui all'articolo 3.98a del Vb del 2000 consiste in un test di lingua neerlandese parlata, in un test di conoscenza della società olandese e in un test di comprensione della lettura. Tale esame viene sostenuto presso un'ambasciata o presso un consolato generale nel paese di provenienza o di residenza permanente del familiare del soggiornante e si effettua via telefono, collegato direttamente a un computer dotato di funzioni vocali.

26 Il test di lingua neerlandese parlata si suddivide come segue, vale a dire, ripetere frasi, rispondere a brevi domande, formulare proposizioni avversative e riformulare due volte un breve racconto. Il livello di lingua richiesto è il livello A1 del quadro europeo di riferimento per le lingue. La parte d'esame dedicata alla conoscenza della società olandese consiste in domande vertenti sul film *Nei Paesi Bassi*, che il familiare deve aver visionato da casa. Le possibili domande vertono, in particolare, sulla questione se gli uomini e le donne hanno gli stessi diritti, dove ha sede il governo olandese, se nel Regno dei Paesi Bassi esiste una separazione tra Chiesa e Stato, quale paese ha occupato il Regno dei Paesi Bassi durante la seconda guerra mondiale, se un'assicurazione sanitaria è obbligatoria e fino a che età si applica l'obbligo scolastico. Tutte le domande e le risposte possono essere studiate a domicilio con l'ausilio di un pacchetto di autoapprendimento. Tale pacchetto è disponibile in 18 lingue e comprende, tra l'altro, dvd, un album di fotografie, un libro di esercizi, cd audio, un manuale di autoapprendimento e test di prova. Dal marzo 2011 tale pacchetto contiene anche un modulo di alfabetizzazione in preparazione del test di comprensione della lettura. Tale test verifica se il familiare riesce a leggere la lingua neerlandese

al livello A1 del quadro europeo di riferimento per le lingue.

27 Per quanto riguarda la clausola di equità contemplata dall'articolo 3.71a, paragrafo 2, lettera d), del Vb 2000, secondo il giudice del rinvio, la circolare prevede che si debba applicare tale clausola di equità qualora, in presenza di una combinazione di circostanze individuali del tutto particolari, il cittadino di paese terzo non sia durevolmente in grado di superare l'esame di base di integrazione civica. Il cittadino di paese terzo deve dimostrare a tal fine di aver compiuto tutti gli sforzi che si potevano ragionevolmente pretendere da parte sua. In particolare, tale dimostrazione può essere data dal fatto di presentarsi una o più volte all'esame di integrazione civica superando, ad esempio, i test di lingua neerlandese parlata e di conoscenza della società neerlandese, ma non il test di lettura e relativa comprensione. La circolare precisa che la mera circostanza che il candidato non disponga di sufficienti risorse finanziarie o strumenti tecnici per prepararsi e sostenere l'esame, o che sia confrontato a problematiche relative al viaggio e ad altre difficoltà di tal genere, non è di per sé sufficiente per invocare con successo tale clausola di equità. Peraltro, neppure la mera circostanza che il materiale didattico non sia disponibile in una delle lingue che il candidato padroneggia, che quest'ultimo non abbia a disposizione un sostegno adeguato per preparare l'esame o che egli sia analfabeta non è sufficiente per poter giustificare tale citata clausola di equità.

### Controversie di cui ai procedimenti principali e questioni pregiudiziali

*La causa K*

28 K è una cittadina dell'Azerbaijan, la quale, il 22 febbraio 2011, ha presentato all'ambasciata del Regno dei Paesi Bassi ad Ankara (Turchia), una domanda di permesso di soggiorno temporaneo per ricongiungimento familiare al fine di soggiornare nei Paesi Bassi con il coniuge residente in tale Stato membro. A tal fine, ha presentato un certificato medico sostenendo che, a motivo di problemi di salute comprovati da detto certificato, non sarebbe in grado di presentarsi all'esame di integrazione civica al di fuori del territorio dei Paesi Bassi.

29 Con decisione del 30 maggio 2011, il Minister van Buitenlandse Zaken ha respinto la domanda di K di permesso di soggiorno temporaneo.

30 Con decisione del 28 febbraio 2012, il Minister van Buitenlandse Zaken ha dichiarato infondato il reclamo proposto da K avverso la decisione del 30 maggio 2011, sostenendo che i problemi di salute di K non davano luogo all'esonero dall'obbligo di superare l'esame di integrazione civica. Secondo il Minister van Buitenlandse Zaken, imporre a K il superamento dell'esame di integrazione civica prima dell'ottenimento del permesso di ingresso e soggiorno

di quest'ultima non è, peraltro, contrario alla direttiva 2003/86.

31 Con decisione del 23 novembre 2012, il Rechtbank's-Gravenhage (tribunale dell'Aia) ha dichiarato fondato il ricorso presentato da K avverso la decisione del Minister van Buitenlandse Zaken del 28 febbraio 2012 e, di conseguenza, ha annullato tale decisione e ha stabilito che quest'ultimo dovesse rilasciare a K un permesso di soggiorno temporaneo.

32 Il Minister van Buitenlandse Zaken ha proposto appello avverso la decisione del Rechtbank's-Gravenhage del 23 novembre 2012 davanti al giudice del rinvio.

#### *La causa A*

33 A è una cittadina nigeriana la quale, il 18 giugno 2008, ha presentato presso la rappresentanza diplomatica del Regno dei Paesi Bassi a Abuja (Nigeria), una domanda di rilascio di permesso di soggiorno temporaneo per ricongiungimento familiare al fine di soggiornare nei Paesi Bassi con il coniuge residente in tale Stato membro. A tal fine, ha presentato documentazione medica da cui risulta che soffre di disturbi psichici per i quali ricorre all'uso di farmaci.

34 Con decisione del 18 agosto 2009, il Minister van Buitenlandse Zaken ha respinto la domanda di rilascio di permesso di soggiorno temporaneo di A.

35 Con decisione del 30 luglio 2012, il Minister van Buitenlandse Zaken ha dichiarato infondato il reclamo proposto da A avverso la suddetta decisione del 18 agosto 2009, sostenendo che i disturbi psichici di quest'ultima non davano luogo all'esenzione dall'esigenza di integrazione civica e che essa non poteva nemmeno beneficiare della clausola di equità prevista dall'articolo 3.71a, paragrafo 2, lettera d), del Vb 2000, poiché non aveva fornito la prova di avere compiuto sforzi ragionevoli per superare l'esame di integrazione civica. A parere del Minister van Buitenlandse Zaken, l'argomento secondo cui A non sarebbe in grado di viaggiare fino all'ambasciata del Regno dei Paesi Bassi a causa dei suoi disturbi mentali non è ricevibile dal momento che tale circostanza non è affatto corroborata da prove. Inoltre, il Minister van Buitenlandse Zaken ritiene che l'esigenza di integrazione civica non sia contraria alla direttiva 2003/86.

36 Dalla decisione di rinvio emerge che i tre figli di A hanno anch'essi presentato una domanda di permesso di soggiorno temporaneo per soggiornare nei Paesi Bassi con il proprio padre e, a differenza di ciò che è stato deciso per quanto riguarda A, con la stessa decisione del 30 luglio 2012, il Minister van Buitenlandse Zaken ha dichiarato fondato il reclamo presentato dai figli avverso il rigetto della loro domanda di rilascio di permesso di soggiorno temporaneo.

37 Con decisione del 12 dicembre 2012, il Rechtbank's-Gravenhage ha dichiarato fondato il ricorso di A avverso la decisione del Minister van Bui-

tenlandse Zaken del 30 luglio 2012 e, di conseguenza, ha annullato tale decisione e ha disposto che quest'ultimo dovesse rilasciare ad A un permesso di soggiorno temporaneo.

38 Il Minister van Buitenlandse Zaken ha proposto appello dinanzi al giudice del rinvio avverso la decisione del Rechtbank's-Gravenhage del 12 dicembre 2012.

#### *Considerazioni relative alle due cause*

39 È pacifico che tanto i soggiornanti quanto K e A sono cittadini di paesi terzi e che i soggiornanti sono coniugi di K e A e si trovano in situazione di soggiorno regolare ai sensi dell'articolo 8, lettera a) o b), della Vw 2000. Non è controverso neanche che K e A non rientrano in una delle categorie previste dalla legge olandese, per le quali le domande di permesso di soggiorno a tempo determinato, ex articolo 14 della legge Vw 2000, non sono rigettate a motivo della mancanza di permesso di soggiorno temporaneo; neppure è in discussione che esse sono sottoposte all'obbligo di integrazione civica, ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, lettera h), della Vw 2000.

40 In entrambi i casi di cui ai procedimenti principali, il Rechtbank's-Gravenhage ha giudicato contrario all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86 esigere da un cittadino di un paese terzo che presenta una domanda di permesso di soggiorno provvisorio al di fuori dell'Unione europea, nell'ambito di un ricongiungimento familiare, che egli soddisfi l'esigenza di integrazione civica prima di essere ammesso nei Paesi Bassi. Il Rechtbank's-Gravenhage ha ritenuto decisivo, a tale proposito, il fatto che, nelle sue osservazioni scritte presentate nell'ambito della causa che ha portato all'ordinanza Mohammad Imran (C-155/11 PPU, EU:C:2011:387) e che sono state versate nel fascicolo da K dinanzi al Rechtbank's-Gravenhage, la Commissione europea ha affermato che l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86 non consente ad uno Stato membro di negare l'ingresso e il soggiorno al coniuge di un cittadino di paese terzo che soggiorna in modo regolare in tale Stato membro per la sola ragione che tale coniuge non ha superato, al di fuori dell'Unione europea, l'esame di integrazione civica previsto dalla legislazione di detto Stato membro.

41 Orbene, nell'ambito degli appelli proposti avverso le decisioni del Rechtbank's-Gravenhage, il Minister van Buitenlandse Zaken sostiene che dal libro verde sul diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini di paesi terzi che vivono nell'Unione europea (direttiva 2003/86) [COM (2011) 735 definitivo] (in prosieguo: il «libro verde»), successivo rispetto alle osservazioni scritte della Commissione richiamate al punto precedente, emerge che la Commissione non considera incondizionatamente contrario all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86 l'obbligo, per i coniugi dei soggiornanti, di superare un esame di in-

tegrazione civica prima del rilascio del permesso di ingresso e di soggiorno sul territorio dello Stato membro in questione.

42 A tale proposito, il giudice del rinvio rileva che, effettivamente, al punto II, 2.1 del libro verde, intitolato «Misure di integrazione», la Commissione indica che l'ammissibilità di misure di integrazione dipende dalla questione se esse servano o meno a facilitare l'integrazione e se esse rispettino o meno i principi di proporzionalità e di sussidiarietà.

43 Poiché né la direttiva 2003/86 né il criterio di proporzionalità come definito dal libro verde indicano qual è il margine di manovra di cui dispongono gli Stati membri per imporre misure d'integrazione, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, di detta direttiva, e tenuto conto del fatto che la Corte non si è mai pronunciata sulla nozione di «misure di integrazione», ai sensi di tale disposizione, per cui la portata di tale nozione non è mai stata chiarita, il Raad van State (Consiglio di Stato) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) a) Se l'espressione «misure di integrazione», che figura all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86, debba essere interpretata nel senso che le autorità competenti di uno Stato membro possono esigere da un familiare di un soggiornante che egli dimostri di disporre di una conoscenza della lingua ufficiale di tale Stato membro ad un livello corrispondente al livello A1 del quadro europeo di riferimento per le lingue, nonché di una conoscenza di base della società di tale Stato membro, prima di autorizzare l'ingresso e il soggiorno di tale familiare.

b) Se, per rispondere a tale quesito, rilevi il fatto che, tenendo anche conto del criterio di proporzionalità come definito nel libro verde, la legislazione nazionale che contempla l'esigenza di cui al primo quesito, lettera a), preveda che, tranne nel caso in cui il familiare abbia dimostrato che, a causa di un handicap mentale o fisico, egli non è durevolmente in grado di presentarsi all'esame di integrazione civica, soltanto in caso di una combinazione di circostanze individuali molto particolari, che consentono di supporre che il familiare non sia durevolmente in grado di soddisfare le misure di integrazione, la domanda di permesso di ingresso e soggiorno non sarà respinta.

2) Se, tenuto conto del criterio di proporzionalità, come definito nel libro verde, l'obiettivo della direttiva 2003/86 e, in particolare, il suo articolo 7, paragrafo 2, ostano a che le spese relative all'esame che mira a valutare se il familiare soddisfi le misure di integrazione summenzionate, siano di un importo pari a EUR 350 dovuto per ogni esame sostenuto, e che il costo, dovuto una sola volta, del pacchetto di preparazione all'esame ammonti a EUR 110».

### Sulle questioni pregiudiziali

44 Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86 debba essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono esigere dai cittadini di paesi terzi che essi superino un esame di integrazione civica, come quello di cui al procedimento principale, che comprende la valutazione di una conoscenza elementare sia della lingua che della società dello Stato membro interessato e che implica il pagamento di spese plurime, prima di autorizzare l'ingresso e il soggiorno di tali cittadini sul proprio territorio ai fini del ricongiungimento familiare.

45 In forza dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2003/86, gli Stati membri autorizzano l'ingresso e il soggiorno del coniuge del soggiornante ai fini del ricongiungimento familiare, purché siano rispettate le condizioni previste dal capo IV di tale direttiva, rubricato «Condizioni richieste per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare».

46 La Corte ha già dichiarato che tale disposizione impone agli Stati membri obblighi positivi precisi, cui corrispondono diritti soggettivi chiaramente definiti, in quanto essa impone loro, nelle ipotesi contemplate dalla suddetta direttiva, di autorizzare il ricongiungimento familiare di taluni familiari del soggiornante senza potersi avvalere di discrezionalità in proposito (sentenza Chakroun, C-578/08, EU:C:2010:117, punto 41).

47 Tra le condizioni previste dal capo IV della direttiva 2003/86, l'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, di quest'ultima prevede che gli Stati membri possono esigere dai cittadini di paesi terzi che essi si conformino alle misure di integrazione, nel rispetto del diritto nazionale.

48 Peraltro, l'articolo 7, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2003/86 prevede che, per quanto concerne i rifugiati e/o i familiari di rifugiati, le misure di integrazione previste dall'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, di tale direttiva, possono applicarsi soltanto dopo che le persone interessate abbiano beneficiato del ricongiungimento familiare.

49 Pertanto, nell'ambito di ricongiungimenti familiari diversi da quelli relativi ai rifugiati e ai loro familiari, l'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86 non osta a che gli Stati membri subordinino il rilascio di un permesso di ingresso sul proprio territorio ai familiari del soggiornante al rispetto da parte di questi ultimi di determinate misure preliminari di integrazione.

50 Tuttavia, poiché l'autorizzazione al ricongiungimento familiare è la regola generale, l'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86 deve essere interpretato restrittivamente. Peraltro, il margine di manovra riconosciuto agli Stati membri non deve essere impiegato dagli stessi in un modo che

pregiudicherebbe l'obiettivo di tale direttiva, che è di favorire il ricongiungimento familiare, nonché l'effetto utile di quest'ultima (v., in tal senso, sentenza Chakroun, C-578/08, EU:C:2010:117, punto 43).

51 A tale proposito, in base al principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto dell'Unione, i mezzi predisposti dalla normativa nazionale che attua l'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86 devono essere idonei a realizzare gli obiettivi perseguiti da tale normativa e non devono eccedere quanto è necessario per conseguirli (v., per analogia, sentenza Commissione/Paesi Bassi, C-508/10, EU:C:2012:243, punto 75).

52 Pertanto, nella misura in cui l'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86, riguarda soltanto misure «di integrazione», occorre constatare che le misure che gli Stati membri possono esigere sulla base di tale disposizione possono essere considerate legittime soltanto se consentono di facilitare l'integrazione dei familiari del soggiornante.

53 In tale contesto, non si può negare che l'acquisizione di una conoscenza tanto della lingua quanto della società dello Stato membro ospitante faciliti notevolmente la comunicazione tra i cittadini di paesi terzi e i cittadini nazionali e, inoltre, favorisca l'interazione e lo sviluppo di rapporti sociali tra gli stessi. Neppure si può negare che l'acquisizione della conoscenza della lingua dello Stato membro ospitante renda meno difficile l'accesso da parte dei cittadini di paesi terzi al mercato del lavoro e alla formazione professionale [v., per quanto concerne l'interpretazione della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (GU 2004, L 16, pag. 44), sentenza P e S, (C-579/13, EU:C:2015:369, punto 47)].

54 In tale prospettiva, l'obbligo di superare un esame di integrazione civica di livello elementare consente di assicurare l'acquisizione da parte dei cittadini di paesi terzi interessati di conoscenze che risultano incontestabilmente utili per instaurare legami con lo Stato membro ospitante.

55 Inoltre, tenuto conto del livello elementare delle conoscenze richieste per superare l'esame di integrazione civica di cui ai procedimenti principali, si deve ritenere che, in linea di principio, l'obbligo di superare un tale esame non arreca, di per sé, pregiudizio all'obiettivo del ricongiungimento familiare perseguito dalla direttiva 2003/86.

56 Tuttavia, il criterio di proporzionalità richiede, in ogni caso, che le condizioni di applicazione di un tale obbligo non eccedano quanto è necessario per raggiungere detto obiettivo. Ciò si verificherebbe, in particolare, se l'applicazione di detto obbligo impedisse automaticamente il ricongiungimento familiare dei familiari del soggiornante laddove, pur non avendo superato l'esame di integrazione, questi ultimi abbia-

no fornito la prova della loro volontà di superare tale esame e degli sforzi compiuti a tale scopo.

57 Infatti, le misure di integrazione previste dall'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86 devono avere come finalità non quella di selezionare le persone che potranno esercitare il loro diritto al ricongiungimento familiare, ma facilitare l'integrazione di queste ultime negli Stati membri.

58 Inoltre, circostanze individuali particolari, come l'età, il livello di educazione, la situazione finanziaria o le condizioni di salute dei familiari interessati del soggiornante, devono essere prese in considerazione in vista di esonerare questi ultimi dall'obbligo di superare un esame come quello di cui al procedimento principale, quando, a motivo di dette circostanze, risulta che questi ultimi non sono in grado di sostenere tale esame o di superarlo.

59 In caso contrario, in tali circostanze, un tale obbligo potrebbe costituire un ostacolo difficilmente sormontabile per rendere effettivo il diritto al ricongiungimento familiare riconosciuto dalla direttiva 2003/86.

60 Tale interpretazione è avvalorata dall'articolo 17 della direttiva 2003/86, che impone un'individualizzazione dell'esame delle domande di ricongiungimento.

61 Orbene, nel caso di specie, emerge dalla decisione di rinvio che, fatta salva la circostanza in cui il familiare interessato dimostri che, a causa di un handicap mentale o fisico, non sia durevolmente in grado di sostenere l'esame di integrazione civica di cui al procedimento principale, la domanda di permesso di ingresso e di soggiorno non sarà respinta soltanto in caso di applicazione della clausola di equità prevista dall'articolo 3.71a, paragrafo 2, lettera d), del Vb 2000.

62 Emerge altresì dalla decisione di rinvio che è solo se, a seguito di una combinazione di circostanze individuali molto particolari, il familiare interessato non è in grado durevolmente di superare tale esame che si deve applicare detta clausola di equità.

63 Risulta pertanto che la clausola di equità prevista dall'articolo 3.71a, paragrafo 2, lettera d) del Vb 2000 non consente di esonerare i familiari interessati del soggiornante, tenuto conto delle circostanze particolari proprie della loro situazione, dall'obbligo di superare l'esame di integrazione civica in tutti i casi in cui il mantenimento di tale obbligo renderebbe impossibile o eccessivamente difficoltoso il ricongiungimento familiare.

64 Infine, per quanto riguarda in particolare le spese relative all'esame di integrazione civica di cui al procedimento principale, occorre precisare che, se è vero che gli Stati membri possono esigere dai cittadini di paesi terzi di pagare le spese relative alle misure di integrazione adottate in forza dell'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86 nonché di stabilire l'importo di tali spese, tuttavia, conformemente al principio di proporzionalità, il livello al quale tali spese sono fissate

non deve avere né per oggetto né per effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, a pena di pregiudicare l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2003/86 e di privarla del suo effetto utile.

65 Ciò avverrebbe in particolare se l'ammontare delle spese esigibili per sostenere l'esame di integrazione civica di cui al procedimento principale fosse eccessivo tenuto conto della sua incidenza finanziaria considerevole sui cittadini di paesi terzi interessati (v., per analogia, sentenza Commissione/Paesi Bassi, C-508/10, EU:C:2012:243, punto 74).

66 A tale proposito, occorre rilevare che, come emerge dalla decisione di rinvio, in forza della legislazione nazionale di cui al procedimento principale, sia le spese d'iscrizione per sostenere l'esame di integrazione civica di cui al procedimento principale sia le spese riguardanti la preparazione di quest'ultimo sono a carico dei familiari interessati del soggiornante.

67 Occorre altresì precisare che il costo del pacchetto di preparazione all'esame, che è dovuto una sola volta, è di EUR 110, mentre l'importo delle spese d'iscrizione, che i familiari interessati del soggiornante devono affrontare ogni qualvolta sostengano detto esame, è di EUR 350.

68 Dalla decisione di rinvio emerge altresì che il familiare interessato del soggiornante che non abbia pagato le spese di iscrizione non è ammesso all'esame di integrazione civica di cui ai procedimenti principali.

69 In tale contesto, come sottolineato dall'avvocato generale al paragrafo 53 delle sue conclusioni, è giocoforza constatare che l'importo delle spese relative all'esame di integrazione civica di cui al procedimento principale è tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile, in circostanze come quelle di cui ai procedimenti principali, il ricongiungimento familiare.

70 Ciò vale, a fortiori, se si considera che le spese di iscrizione devono essere versate ogni volta che si sostenga nuovamente tale esame e da ciascuno dei familiari del soggiornante che desidera raggiungere quest'ultimo nello Stato membro ospitante e che, a tali spese, si aggiungono quelle che i familiari interessati del soggiornante devono sostenere per raggiungere la sede della rappresentanza olandese più vicina al fine di sostenere detto esame.

71 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86 deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono esigere dai cittadini di paesi terzi che essi superino un esame di integrazione civica, come quello di cui ai procedimenti principali, che comprende la valutazione della conoscenza elementare sia della lingua che della società dello Stato membro interessato e che comporta il pagamento di diverse spese, prima di autorizzare l'ingresso e il soggiorno

dei suddetti cittadini sul proprio territorio ai fini del ricongiungimento familiare, se le condizioni di applicazione di un tale obbligo non rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare. In circostanze come quelle dei procedimenti principali, tali condizioni, nei limiti in cui non consentono di prendere in considerazione le circostanze particolari che impediscono oggettivamente agli interessati di poter superare tale esame e fissano l'importo delle spese relative a tale esame ad un livello troppo elevato, rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare.

### Sulle spese

72 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

L'articolo 7, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono esigere dai cittadini di paesi terzi che essi superino un esame di integrazione civica, come quello di cui ai procedimenti principali, che comprende la valutazione della conoscenza elementare sia della lingua che della società dello Stato membro interessato e che comporta il pagamento di diverse spese, prima di autorizzare l'ingresso e il soggiorno dei suddetti cittadini sul proprio territorio ai fini del ricongiungimento familiare, se le condizioni di applicazione di un tale obbligo non rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare. In circostanze come quelle dei procedimenti principali, tali condizioni, nei limiti in cui non consentono di prendere in considerazione le circostanze particolari che impediscono oggettivamente agli interessati di poter superare tale esame e fissano l'importo delle spese relative a tale esame ad un livello troppo elevato, rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare.

\*\*\*Nota a sentenza

### sommario

1. Premessa. – 2. Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia. – 3. Il concetto di misura d'integrazione e la sua "relazione" con il principio di proporzionalità. – 4. Un confronto con la recente giurisprudenza: similitudini e differenze di pensiero. – 5. Osservazioni conclusive.



## 1. Premessa

La sentenza della Corte di Giustizia, che qui si annota, resa a seguito di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, rivela un aspetto quanto mai esegetico della politica europea, in quegli ambiti che si inseriscono in una zona di impervio confine tra la sovranità statale e lo spazio decisionale attribuito all'Unione. Ambiti, tra i quali, si annovera sicuramente la politica d'immigrazione, e per quanto attiene propriamente al caso di specie, il diritto al ricongiungimento, che non può non essere ad essa riconnessa. Nella sentenza in commento, infatti, la Corte di Giustizia, seppur condannando la normativa statale impugnata, lascia trasparire quella sorta di «filosofia della ricerca del consenso», alla quale aderisce al fine di individuare una chiave di volta che permetta di conciliare la gelosa discrezionalità degli Stati membri e gli obiettivi perseguiti dall'Unione.

L'atteggiamento della giurisprudenza europea, invero, non è estraneo al *modus operandi* dei Paesi membri, che, nell'attuazione del diritto in esame (diritto al ricongiungimento), ad eccezione del caso «genitore-figlio minore», fanno sì che esso perda «la caratteristica di diritto inviolabile “costituzionalmente garantito” aprendo – contestualmente – margini che consentono al legislatore di bilanciare “l'interesse all'affetto” con altri interessi di rilievo»<sup>1</sup>.

Ancora una precisazione è d'obbligo al fine di poter meglio contestualizzare la vicenda in esame: infatti, non si può parlare di ricongiungimento senza soffermarsi sul concetto di cittadinanza europea. In un mutato contesto storico-giuridico, che vede nel Trattato di Maastricht l'artefice della rimozione del nesso di strumentalità tra il diritto di soggiorno e la tutela del mercato, tale che il diritto di soggiornare viene concesso anche a soggetti economicamente non attivi, la cittadinanza europea, da mero complemento di specificazione assurge al ruolo di aggettivo qualificante lo status di cittadino europeo, pur aggiungendosi, e non sostituendosi, alla cittadinanza nazionale. Quello di cittadino dell'Unione diviene, così, uno status fondamentale degli individui appartenenti agli Stati membri, infatti «la Corte riconosce che qualora si rifiutasse al cittadino dell'Unione, a carico di cittadini di Stati terzi, il diritto a ricongiungersi a costoro, per il solo fatto di non aver esercitato il diritto alla libera circolazione, si costringerebbe in pratica tale cittadino ad abbandonare lo Stato membro di appartenenza e l'Unione stessa: ciò equivarrebbe a negare i diritti essenziali associati alla cittadinanza dell'Unione»<sup>2</sup>. Tuttavia,

seppur il diritto di soggiorno non è più strumentale al solo dettato economico, resta pur sempre strumentale al diritto di cittadinanza (si è garantiti in quanto si è cittadini europei o suoi familiari) e, di conseguenza, il diritto al ricongiungimento, quale “membro” dei diritti tutelati dallo status di cittadino europeo, non è tutelato in quanto espressione dell'unità familiare bensì solo in quanto concretizzazione del teorico diritto di circolazione e soggiorno, a sua volta riflesso della cittadinanza europea.

A voler osservare, *prima facie*, la vicenda giudiziaria considerata, è possibile evidenziare che il principio di proporzionalità si pone come snodo cruciale volto a soppesare gli strumenti rientranti nella discrezionalità degli Stati membri, quali le condizioni che devono soddisfare i soggetti richiedenti il ricongiungimento, e lo scopo della direttiva 2003/86/CE, avente ad oggetto l'istituto in parola. Un istituto che, connotato da un'ambivalenza interpretativa, per il suo dispiegarsi tanto nell'ambito della politica d'immigrazione, quanto sul versante della libera circolazione delle persone, può essere calato nel diritto vivente e nella realtà fattuale dell'Unione Europea attraverso l'indispensabile strumento del principio della ragionevolezza; principio che diviene, pertanto, il criterio guida fondamentale nel bilanciamento degli interessi in conflitto<sup>3</sup>.

## 2. 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 poter intuire le ragioni della decisione della Corte.

In estrema sintesi, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di due controversie interessanti i Paesi Bassi, tra il ministro degli Affari esteri e i richiedenti K e A, ai fini del ricongiungimento familiare con i loro coniugi residenti in tale Stato membro.

La summenzionata domanda verte sull'interpretazione dell'art. 7, paragrafo 2, comma 1, della direttiva 2003/86/CE, in relazione alla normativa nazionale olandese, la quale impone ai familiari di un cittadino di un Paese terzo, che soggiorna legalmente nello Stato membro interessato, un esame d'integrazione civica, consistente nel superamento di una prova sia di lingua di livello A1 del quadro europeo di riferimento per le lingue sia di conoscenza culturale della società olandese.

Quel che rileva evidenziare è la presenza di una clausola di equità all'art. 3.71a, paragrafo 2, lettera d) del Vb2000, la quale prevede che la medesima clausola si possa applicare solo in presenza di una combinazione di circostanze individuali del tutto particolari e solo

<sup>1</sup> Si v. per tutti Corte cost. 8 Giugno 2005 n. 224.

<sup>2</sup> C. CAMPIGLIO, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Rivista Diritti umani e diritto internazionale*, maggio-agosto 2015, Il Mulino. Per un commento v. A. Adinolfi, *Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell'Unione nel loro Stato di cittadinanza*, in *Rivista di diritto in-*

*ternazionale* 2011, p. 467 ss.

<sup>3</sup> Si v. sul tema BENEDETTI-CARPANETO-QUEIROLO (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione ed identità statuali*, Roma, 2014, p. 33 ss.

qualora il cittadino del Paese terzo abbia dimostrato che non sia durevolmente in grado di superare l'esame avendo compiuto altresì tutti gli sforzi che ragionevolmente si potevano richiedere al soggetto medesimo.

Dalla decisione di rinvio emerge che entrambe le parti A e K hanno presentato un certificato medico attestante rispettivamente disturbi psichici e problemi di salute.

Orbene il ministro degli Affari Esteri non ritiene idonee tali certificazioni al fine di un esonero dall'esame d'integrazione per applicazione della clausola di equità.

Il giudice del rinvio, invece, (il *Rechtbank's-Gravenhage*) ha giudicato contrario all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86 esigere da un cittadino di un Paese terzo, che presenta una domanda di permesso di soggiorno provvisorio al di fuori dell'Unione europea, nell'ambito di un ricongiungimento familiare, che egli soddisfi l'esigenza di integrazione civica prima di essere ammesso nei Paesi Bassi.

Poiché né la direttiva 2003/86 né il criterio di proporzionalità, come definito dal Libro Verde della Commissione, indicano qual è il margine di manovra di cui dispongono gli Stati membri per imporre misure d'integrazione, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, di detta direttiva, e tenuto conto del fatto che la Corte non si è mai pronunciata sulla nozione di «misure di integrazione», il *Raad van State* (Consiglio di Stato) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte una serie di questioni pregiudiziali che per quanto qui interessa sono:

a-se l'espressione «misure di integrazione», che figura all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86, debba essere interpretata nel senso che le autorità competenti di uno Stato membro possono esigere da un familiare di un soggiornante che egli dimostri di disporre di una conoscenza della lingua ufficiale di tale Stato membro ad un livello corrispondente al livello A1 del quadro europeo di riferimento per le lingue, nonché di una conoscenza di base della società di tale Stato membro, prima di autorizzare l'ingresso e il soggiorno di tale familiare;

b-se, per rispondere a tale quesito, rilevi il fatto che, tenendo anche conto del criterio di proporzionalità come definito nel libro verde, la legislazione nazionale che contempla l'esigenza di cui al primo quesito, lettera a), preveda che, tranne nel caso in cui il familiare abbia dimostrato che, a causa di un handicap mentale o fisico, egli non è durevolmente in grado di presentarsi all'esame di integrazione civica, soltanto in caso di una combinazione di circostanze individuali molto particolari, che consentono di supporre che il familiare non sia durevolmente in grado di soddisfare le misure di integrazione, la domanda di permesso di ingresso e soggiorno non sarà respinta.

La Corte dopo un'attenta analisi della questione conclude statuendo che «l'articolo 7, paragrafo 2, pri-

mo comma, della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono esigere dai cittadini di paesi terzi che essi superino un esame di integrazione civica, come quello di cui ai procedimenti principali, che comprende la valutazione della conoscenza elementare sia della lingua che della società dello Stato membro interessato e che comporta il pagamento di diverse spese, prima di autorizzare l'ingresso e il soggiorno dei suddetti cittadini sul proprio territorio ai fini del ricongiungimento familiare, se le condizioni di applicazione di un tale obbligo non rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare. In circostanze come quelle dei procedimenti principali, tali condizioni, nei limiti in cui non consentono di prendere in considerazione le circostanze particolari che impediscono oggettivamente agli interessati di poter superare tale esame e fissano l'importo delle spese relative a tale esame ad un livello troppo elevato, rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare».

### 3. Il concetto di misura d'integrazione e la sua "relazione" con il principio di proporzionalità

La sentenza si inserisce da un lato nel percorso evolutivo della discrezionalità statale nell'esecuzione della direttiva sul ricongiungimento e dall'altro nel bizantino iter giurisprudenziale della Corte.

Come è noto, funzione della direttiva, quale fonte del diritto UE dotata di efficacia vincolante, e alla cui sorte non è certamente estranea la direttiva 2003/86/CE, è incidere in quei settori che, presentandosi di irrinunciabile interesse nazionale, mal si adattano ad un regime impositivo tout court sovranazionale, per meglio conciliarsi con lo strumento, se vogliamo più dolce, dell'armonizzazione, concretato proprio dall'uso della direttiva, che, a guisa di "ambasciata diplomatica", si presenta adatta a calare gli obiettivi dell'Unione nelle strette e capziose maglie della sovranità statale.

L'analisi elaborata dall'Avvocato Generale prima e dalla Corte poi, implica d'interrogarsi sul rapporto tra le misure d'integrazione e il principio di proporzionalità, già in precedenza richiamato.

Specificamente, per poter meglio inquadrare la proporzionalità dell'esame d'integrazione olandese, è necessario preliminarmente individuare i termini di paragone sui quali si fonderà lo stesso giudizio. Suddetti termini non possono non rinvenirsi nello scopo delle rispettive normative (olandese ed europea), cosicché da un lato avremo, quale aspirazione, il favorire l'integrazione del cittadino del Paese terzo nella società olandese, e dall'altro il fine di non depauperare di efficacia pratica la direttiva sul ricongiungimento. Detto altrimenti, "indirettamente", il principio di proporzionalità permette di verificare, "direttamente", dappri-

ma con l'ausilio del giudice nazionale e poi con quello della Corte, che non sia eluso lo scopo della direttiva attraverso lo strumento delle misure d'integrazione.

A ben vedere è necessario soffermarsi sul concetto di misura, o condizione che dir si voglia, d'integrazione, infatti come sottolineato anche dall'Avvocato Generale, la differenza non può che essere meramente terminologica. Il termine integrazione di per sé richiama l'idea che qualcuno o qualcosa debba essere inserito in un contesto e lo stesso è entrato a far parte dei Trattati grazie all'art. 79, par. 4 del TFUE, che così recita «Il Parlamento Europeo e il Consiglio [...] possono stabilire misure volte ad incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti nel territorio[...]».

Non v'è dubbio che la base giuridica alla stregua della quale considerare le suddette misure sia proprio l'art. 79, il quale è stato in grado di attribuire all'Unione una competenza tale, da permettere di emanare atti idonei a perseguire l'integrazione, basti vedere il 4° considerando della direttiva sul ricongiungimento. Tuttavia, seppur è vero che lo stesso art. 79 non parla di parità di trattamento bensì di equo trattamento, è palese che tale integrazione è ben diversa dall'omonimo termine che ritroviamo all'art. 7 paragrafo 2 della direttiva 2003/86/CE, in quanto con la perifrasi "misure d'integrazione" non si intende un obiettivo perseguito dall'Unione, bensì una condizione preventiva da soddisfare per poter ottenere il ricongiungimento. Nonostante, però, la diversa funzione del concetto di integrazione, qui considerato, lo scopo cui assurgono entrambi è pur sempre il medesimo, ossia favorire la parità di trattamento a prescindere dal momento applicativo dell'integrazione, sia esso dopo l'ingresso nel Paese membro, o preventivamente, previa dimostrazione della capacità integrativa del cittadino del Paese terzo nel territorio dell'Unione. Che lo scopo non possa essere che il medesimo, ossia, favorire la parità di trattamento, anche per quanto concerne le misure integrative, è dimostrato dalla circostanza che esse non possono essere considerate quale strumento di arbitraria premissione dei soggetti, in quanto la verifica della preventiva integrazione deve essere uno strumento volto a favorire il soggetto entrante per un suo migliore inserimento, e non quale mezzo atto a garantire al Paese ospitante un potere sovrano sulla gestione dei flussi migratori in tema di ricongiungimento<sup>4</sup>.

A tal punto è lecito domandarsi come verificare il rispetto del principio di proporzionalità richiamato ad inizio paragrafo. Ictu oculi è evidente che esso possa dirsi rispettato quando l'effetto utile della direttiva sul ricongiungimento non venga defraudato neanche attraverso quegli strumenti, quali le misure d'integrazio-

ne, posti sì a garanzia della discrezionalità degli Stati membri, ma non a tutela della stessa, bensì dei soggetti cui è rivolta la direttiva medesima.

Dal ragionamento sopra condotto sull'art. 79, è deducibile che tale condizione è soddisfatta quando la misura d'integrazione viene intesa ed utilizzata per favorire la parità di trattamento, non solo tra i cittadini UE e Terzi nello Stato ospitante, seppur nella veste di una integrazione "anticipata", ma anche quale pari opportunità tra gli stessi cittadini di Paesi Terzi che accedono nel territorio dello Stato membro. Parità di accesso che, evidentemente, implica il considerare e l'adattare tali condizioni alla singolarità delle domande di ricongiungimento, consapevoli che il consentire agli stranieri di ricongiungersi e di vivere con i propri familiari una normale vita di affetti rappresenta una premessa essenziale per il buon esito delle politiche di integrazione<sup>5</sup>.

In un tale disquisire non meno importante risulta il principio di razionalità, anch'esso richiamato dalla Corte, quale valido strumento per controllare il rispetto del principio di proporzionalità e, di conseguenza, di parità di trattamento. Nel caso specifico lo scopo della direttiva sarà eluso qualora l'applicazione dell'obbligo di esame impedisse automaticamente il ricongiungimento dei familiari del soggiornante nonostante sia provato che il mancato superamento dell'esame d'integrazione scaturisca da una carenza della loro volontà, in quanto, come più volte ribadito, le misure di integrazione devono essere dirette non a selezionare le persone che potranno esercitare il loro diritto al ricongiungimento, ma ad agevolare la loro integrazione negli Stati UE.

Da quanto finora rappresentato si evince come il rispetto del fine ultimo della direttiva venga controllato nella sua efficacia attraverso il corrispondente controllo di principi, il cui rispetto dell'uno, come in un ingegnoso "gioco di matriosche", è presupposto della validità dell'altro.

#### 4. Un confronto con la recente giurisprudenza: similitudini e differenze di pensiero

Al fine di una migliore prospettiva non si può non osservare la sentenza in oggetto alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, non senza confrontare l'atteggiamento di quest'ultima con quello della Commissione.

Va precisato in premessa, che entrambe le istituzioni dell'Unione, in merito alle misure d'integrazione, hanno ribadito che l'obiettivo primario deve sempre essere l'agevolazione dell'integrazione negli Stati UE, in quanto l'art. 7, par. 2, comma 1, della direttiva riguarda soltanto le misure «di integrazione», tale che, misure del genere sono legittime soltanto se consen-

<sup>4</sup> Si v. sul tema G. CAGGIANO (a cura di) *Percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, 2008, p. 63 e ss.

<sup>5</sup> Cfr. B. NASCIBENE, *Diritti degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 861-868.

tono appunto di facilitare l'integrazione dei familiari del soggiornante. Tuttavia, a giusta ragione, si può sostenere che il percorso della Commissione si è presentato lineare durante l'intero iter delle sue pronunce nel senso di ricollegare la compatibilità di tali misure tanto alla loro rispondenza all'obiettivo dell' "agevolazione dell'integrazione" dei familiari tanto al rispetto del principio della proporzionalità<sup>6</sup>.

Seppur in precedenza, come ricordato nella sentenza (punto 41) la Commissione è arrivata ad affermare che «l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/86 non consente ad uno Stato membro di negare l'ingresso e il soggiorno al coniuge di un cittadino di paese terzo che soggiorna in modo regolare in tale Stato membro per la sola ragione che tale coniuge non ha superato, al di fuori dell'Unione europea, l'esame di integrazione civica previsto dalla legislazione di detto Stato membro», la stessa deve essere letta collocandola nel solco delle due linee guida che accompagnano il percorso dell'istituzione UE prima menzionate, quali la facilitazione dell'integrazione e il rispetto del principio di proporzionalità, come d'altronde si evince dallo stesso Libro Verde della Commissione.

Nel percorso della Corte, invece, si è potuto assistere ad un altalenante «*modus agendi*» che si traduce inevitabilmente in un mutamento di tutela di diritti. Il riferimento è al diritto alla vita familiare dell'art. 7 Carta di Nizza<sup>7</sup> e dell'art. 8 della CEDU, visti quali necessari corollari del diritto al ricongiungimento, cosicché si potesse iniziare a tutelare quest'ultimo non più in funzione della mera ottica della libera circolazione dei lavoratori, bensì «quale diretta estrinsecazione del principio di unità familiare, giacché tende a promuovere la riunificazione dei membri della famiglia in un paese diverso da quello di origine»<sup>8</sup>.

Già a partire dalle storiche sentenze Zambrano e Dereci, i diritti in questione ricevono, in merito al ricongiungimento, una sfera di tutela, e di conseguen-

za attuativa, discordante; discrepanza che si accentua ancor di più nella differente tutela del ricongiungimento tra un cittadino UE e i suoi familiari di Paesi terzi e ricongiungimento di familiari extracomunitari di cittadini di Stati terzi stabiliti nel territorio dell'Unione<sup>9</sup>. Volendo concretamente confrontare seppur brevemente la giurisprudenza è possibile richiamare in primis la sentenza del 17 luglio 2014, il cd caso Noorzia, che, seppur apparentemente sembra non tangere il problema in questione, in quanto trattandosi nella fattispecie non della valutazione di una "misura di integrazione" di cui all'art. 7 della direttiva 2003/86, bensì di una "condizione", quale quella di cui all'art. 4 della direttiva in parola (volta ad evitare i matrimoni forzati attraverso l'imposizione di un limite minimo di età per il soggiornante e il coniuge, che può essere al massimo pari a ventuno anni, perché il ricongiungimento familiare possa aver luogo), nonostante la diversa dicitura, condizione in luogo di misura (d'integrazione), è evidente che anche lo scopo dell'art. 4 non può che essere il medesimo dell'art. 7 paragrafo 2, in quanto a ben vedere il limite di età è funzionale a una migliore integrazione dei soggetti e di conseguenza anch'esso non può essere usato per pregiudicare il fine della direttiva.

Nel medesimo ragionamento può essere inquadrata la sentenza del 21 aprile 2016, C-558/14, sulle condizioni per l'esercizio del ricongiungimento familiare in merito alle quali la Corte ha sancito la possibilità che la normativa di uno Stato consenta di effettuare una valutazione in prospettiva della probabilità che il soggiornante mantenga le proprie risorse economiche, il tutto ai sensi ancora una volta dell'art. 7 seppur paragrafo 1 (Ragionamento simile che può essere riscontrata anche in altra giurisprudenza, si veda per tutte la recente sentenza del 6 luglio 2015, C-218/14 concernente il diritto di soggiorno dei familiari di un cittadino dell'Unione a seguito di divorzio di quest'ultimo).

La breve e fugace analisi non vuole essere certamente finalizzata ad una mera esternazione di richiami giurisprudenziali, bensì evidenziare il filo rosso che "sembra" accompagnare una "nuova" Corte di Giustizia che, da voce precorritrice di idee e valori, aventi sì come base d'innesto il tessuto giuridico nazionale, ma che poi si evolvono e sviluppano in una struttura di tutela di diritti sovranazionale, sembra essersi arrestata in una impervia curva ad inversione di marcia. Una Corte che, promotrice di principi nuovi, i quali, immancabilmente, al fine di superare la rigidità della norma scritta finiscono per prender vita dapprima nelle sue aule, diviene mera condiscendente di un giudice e di una legislazione nazionale troppo discordanti tra loro e troppo poco generosi nel cedere la supremazia

<sup>6</sup> Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, Bruxelles, 8.10.2008 COM(2008) 610 definitivo e 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento Bruxelles, 3 aprile 2014 COM(2014) 210 definitivo.

<sup>7</sup> Per un commento C. CAMPIGLIO, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Rivistaweb, Riv. Diritti umani e diritto internazionale*, maggio-agosto 2015, fasc. 2.

<sup>8</sup> Cfr. P. FRANCO, *Sul diritto all'unità familiare nel diritto europeo e del diritto italiano*, in *Dir. Fam.*, 2007, 1, p. 522 ss. Per un inquadramento della nozione di vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, spec. 38-56; G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza delle Corti europee dei diritti dell'uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno*, in G. IUDICA - G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, pp. 131-154; F. BIONDI, *L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari*, in N. ZANON (a cura di).

<sup>9</sup> F. IPPOLITO, *Corte di giustizia e diritto al ricongiungimento familiare: verso un diritto davvero "fondamentale" nell'ordinamento dell'Unione?*, in *Riv. online* <http://rivista.eurojus.it>, 2015.

della propria sovranità in quei settori che più di altri riflettono l'immagine dello "Stato-sovrano".

Ancora una volta, in un oscillante divenire, la Corte si è forse resa protagonista della perdita di importanti occasioni per poter finalmente svincolare il diritto al ricongiungimento dalla visione di un'Unione Europea interessata alla sola logica economica del libero mercato cui inerisce il principio della libera circolazione delle persone, mancando, una volta di troppo, come bersaglio, l'ancorare il diritto al ricongiungimento al diritto alla vita familiare non più quale appendice bensì quale suo complemento di specificazione. Solo così, svoltando in tale direzione diviene plausibile auspicare lo svincolare «l'esercizio del diritto all'unità familiare da ogni condizione soggettiva che non sia la mera cittadinanza europea»<sup>10</sup>.

### 5. Osservazioni conclusive

Alcune osservazioni conclusive sono doverose al fine di conferire efficacia all'analisi svolta.

A ben vedere emerge l'immagine di una Corte di Giustizia che, seppur tutrice del rispetto del diritto europeo, tenda ad opacizzare la propria azione propulsiva della normativa UE a favore di una sempre più ampia capacità di manovra del diritto nazionale.

È possibile notare che, tanto nella sentenza in oggetto quanto nelle altre menzionate, dietro il costante ribadire la necessaria esistenza di una finalità non elusiva della direttiva sul ricongiungimento, qualsiasi sia lo strumento utilizzato per esercitare l'inevitabile discrezionalità degli Stati membri, si celi quasi un atteggiamento di benevolenza dinanzi a qualsivoglia strumento utilizzato dagli Stati UE (sia esso una misura d'integrazione ex art. 7 par. 2, sia esso una condizione ai sensi del primo comma del medesimo articolo o sia esso una condizione ex art. 4, che forse potremmo definire in un'ottica più generale tutti come strumenti d'integrazione in quanto anche quelli volti alla verifica delle risorse economiche sono funzionali ad integrare il soggetto nello Stato ospitante evitando che possa essere additato come nuovo peso economico da supportare e sopportare).

Se è vero che è più volte ribadito che essi non possono essere utilizzati per controllare gli ingressi dei "possibili ricongiungenti" in quanto asserviti alla logica del rispetto della direttiva 2003/86/CE, tuttavia il ragionamento che la Corte conduce per una simile verifica sembra, più che altro, deduttivo, discendendo dalla verifica di altri principi, come ad esempio i principi di proporzionalità e ragionevolezza, piuttosto che induttivo, evitando di interrogarsi sull'effettiva

funzione pratica, svolta da tali strumenti, sulla parità di trattamento dei richiedenti il ricongiungimento. Infatti, è di tutta evidenza che sarà riservato un diverso trattamento al richiedente a seconda degli strumenti "d'integrazione" utilizzati dallo Stato ospitante. Una tale diversità, consacrata e assolta in nome di una predominante discrezionalità del Paese membro, rischia (suo malgrado?) di favorire un'attuazione discrezionale del principio del ricongiungimento nel territorio dell'Unione, con il risvolto di una violazione del principio della parità di trattamento alla cui luce vengono proprio vagliati quegli strumenti, tanto discussi in questa sede, per verificare il rispetto della direttiva.

In altre parole, per usare una terminologia colorita, si corre il rischio che il contenuto diventi contenitore di se stesso, dove la verifica del principio della parità di trattamento finisce per perdere i termini di paragone, concretizzandosi in un mero confronto con il proprio essere. Le ragioni di un simile stile della Corte forse possono essere ricondotte a quel familiare "clima della paura", che dinanzi al divagare di eventi imprevisti, come nel caso di specie può essere rappresentato da aumento ingente dei flussi migratori dei cittadini provenienti da Paesi disastrati dalla guerra e dalla rivolta, finisce con l'aver ripercussioni anche su quelle immigrazioni dettate da finalità evidentemente diverse, quale appunto il ricongiungimento familiare<sup>11</sup>. Paradossalmente la maggiore flessibilità della normativa a favore di rifugiati e/o dei loro familiari e conseguentemente la minore discrezionalità del Paese UE in tale ambito, si traduce in un maggiore aggravio degli strumenti rientranti nella disponibilità della discrezionalità degli Stati membri. Se da un lato non si può porre freno agli ingressi, dall'altro si sfrutta ogni barlume di autonomia qualora ne sia data la facoltà.

<sup>10</sup> J. WILES, *Matrimoni tra cittadini di diverse nazionalità: il ricongiungimento quale specchio di una realtà transnazionale*, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2012, 1, 50. L. PASCUCCI, *Ricongiungimento familiare dei lavoratori migranti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. Fam.*, 2008, 6, 545. A. ZANOBETTI, in *Riv. Famiglia e diritto*, 2007, 4, pp. 403-407.

<sup>11</sup> Per un commento v. G. SIRIANI, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare*, in *Riv. giur. cost.*, 2013, 4, pp. 2835-2840.

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

### DIRITTO INTERNAZIONALE

#### Diritto di proprietà – Articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Consiglio di Stato – Interesse pubblico – Obbligazioni Statali – Tutela dei consumatori

*Lo scambio forzoso di titoli di Stato imposti dalla Grecia ai risparmiatori per evitare il fallimento e ristrutturare il debito sovrano è conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*

Corte E.D.U., sentenza del 21 luglio, ricorso n. 63066/14 et 66106/14,  
*Affaire Mamatas et Autres c. Grèce*

La Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza del 21 luglio apre le porte a una discrezionalità ad ampio raggio per le autorità nazionali che, invocando esigenze per l'economia dello Stato, possono imporre misure con ripercussioni negative sui diritti dei risparmiatori.

Sono stati ben 6.320 cittadini greci, piccoli risparmiatori, che avevano obbligazioni statali e che erano stati costretti a scambiare i propri bond con altri strumenti di debito, a rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il provvedimento della Corte di Strasburgo trae origine dall'iniziativa di alcuni risparmiatori che avevano concluso un accordo collettivo con lo Stato. Queste regole erano poi state estese, su richiesta del Fondo monetario internazionale, a tutti i detentori di obbligazioni statali malgrado molti avessero rifiutato di aderire all'accordo. Per decisione delle autorità greche le obbligazioni erano state sostituite con altri strumenti di valore inferiore del 53,5% rispetto a quello nominale dei titoli statali. Alcuni risparmiatori si erano rivolti al Consiglio di Stato impugnando lo swap e poi, a fronte della bocciatura interna, hanno agito dinanzi alla Corte europea. Che, però, ha respinto tutti ricorsi, dichiarandone alcuni inammissibili e altri infondati nel merito. In nome delle esigenze di stabilità economica dello Stato e della primazia della ristrutturazione del debito sovrano. Riconosciuta l'esistenza di un'ingerenza nel diritto di proprietà garantito dall'articolo 1 la Corte l'ha, però, ritenuta ammissibile perché prevista dalla legge e giustificata in ragione del perseguimento di un interesse pubblico, ossia preservare l'economia in un periodo di grave crisi.

In quest'ambito – osserva la Corte – gli Stati hanno un ampio margine di apprezzamento e possono intervenire riducendo il valore delle obbligazioni. D'altra parte, come affermato anche dal Tribunale Ue e dalle istituzioni dell'Unione europea, se la Grecia non avesse adottato quel provvedimento le obbligazioni iniziali non sarebbero state ripagate. La misura è stata così considerata proporzionata anche perché, a dire della Corte, non ha prodotto un onere eccessivo a carico dei risparmiatori che sanno in anticipo che le obbligazioni non sono “risk-free”. “Anche ammettendo – osserva la Corte di Strasburgo – che i ricorrenti non erano coinvolti in attività speculative”, i risparmiatori avrebbero dovuto avere consapevolezza dei rischi nell'acquisto di obbligazioni statali, per di più tenendo conto della lunga durata dell'investimento.

La Corte, poi, prosegue con un richiamo ai risparmiatori che dovevano essere consapevoli del rischio di una perdita di valore delle proprie obbligazioni considerando il deficit greco e il debito del Paese già prima della crisi del 2009. Di conseguenza, i risparmiatori “non hanno agito come operatori economici prudenti e consapevoli”.

È stata, altresì, esclusa una discriminazione tra i ricorrenti e i risparmiatori che avevano dato il proprio consenso tanto più che interventi in questo settore rendono impossibile differenziare misure a seconda degli obbligazionisti. Senza dimenticare – precisa Strasburgo – che una misura differenziata avrebbe avuto per la Grecia conseguenze catastrofiche sulla sua economia e su quella di altri Stati.

#### Diritto alla privacy – Libertà di stampa – Articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia delle libertà fondamentali (CEDU) – Diritto alla vita privata e familiare – Articolo 1 del Protocollo n. 1 sul diritto di proprietà – Matrimoni di personaggi pubblici

*Per la Corte europea dei Diritti dell'uomo, è vero che il matrimonio rientra nella nozione di vita privata, ma non va dimenticato che la sua celebrazione ha un lato pubblico e può avere un interesse generale se l'evento riguarda persone note e se la sua cronaca non serve solo a soddisfare la curiosità della collettività.*

Corte E.D.U., decisione n. 68273/10 and 34194/11,  
*Sihler-Jauch e Jauch contro Germania* adottata il 24 maggio e depositata il 16 giugno

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo con la decisione *Sihler-Jauch e Jauch contro Germania* adottata il 24 maggio e depositata il 16 giugno, mette sotto i riflettori matrimoni e cronache nuziali se il reportage sulle nozze riguarda un personaggio pubblico, come un presentatore televisivo, e nell'articolo non ci sono elementi lesivi della reputazione. Sembra fare un passo indietro la privacy rispetto alla libertà di stampa.

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, è vero che il matrimonio rientra nella nozione di vita privata, ma non va dimenticato che la sua celebrazione ha un lato pubblico e può avere un interesse generale se l'evento riguarda persone note e se la sua cronaca non serve solo a soddisfare la curiosità della collettività.

È stato così respinto il ricorso di una coppia che si era rivolta alla Corte europea sostenendo che era stato violato l'articolo 8 della Convenzione dei diritti dell'uomo, che assicura il rispetto del diritto alla vita privata e familiare e l'articolo 1 del Protocollo n. 1 sul diritto di proprietà a causa della pubblicazione, su un magazine popolare, di alcune fotografie dell'evento. In primo grado, dinanzi alla Corte regionale di Amburgo, i coniugi avevano ottenuto 25mila euro per i danni derivanti dalla violazione dei diritti della personalità, ma poi il giudizio era stato ribaltato in forza dell'interesse della collettività a ricevere notizie. Questo ha spinto la coppia a rivolgersi a Strasburgo ritenendo che il rigetto della richiesta di risarcimento dei danni, da parte dei giudici interni, implicava una sorta di approvazione dell'articolo da parte delle autorità nazionali. Ma anche la Corte europea ha bocciato il ricorso, applicando gli standard consolidati nella propria giurisprudenza. È vero – osservano i giudici internazionali – che lo Stato ha un obbligo positivo funzionale a garantire la privacy degli individui, ma al tempo stesso va tutelata la libertà di stampa. Per la Corte, i giudici nazionali hanno raggiunto un giusto equilibrio tra i due diritti in gioco valutando il contributo al dibattito su una questione di pubblico interesse, il grado di popolarità del soggetto, la condotta precedente all'evento contestato, il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione, le circostanze nelle quali le fotografie sono state scattate. Il marito era un presentatore televisivo noto e al matrimonio avevano partecipato anche politici come il sindaco di Berlino. La cronaca del matrimonio, con l'elenco degli invitati, il menu, gli abiti non aveva una connotazione negativa e, quindi, nessun danno è stato portato alla reputazione del presentatore. Tra l'altro, prosegue la Corte, il diritto di cronaca non è certo limitato a questioni politiche o legate a fatti di cronaca nera, ma può ben riguardare eventi sportivi, artistici e popolari. Inoltre, nel caso in esame, le informazioni erano vere e non erano state contestate dalla coppia. Di qui l'arretramento della privacy rispetto alla libertà di stampa.

## DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

**Rinvio pregiudiziale – articolo 99 delle Regole di procedura della Corte di Giustizia – dubbio non ragionevole – giurisdizione in materia matrimoniale – Regolamento (CE) n. 2201/2003 – articolo 16(1) (a) – determinazione della pendenza del giudizio – concetto di "momento in cui l'atto introduttivo del procedimento od atto equipollente è depositato presso il Tribunale**

*Per la Corte europea dei diritti dell'uomo il momento che determina la pendenza della lite è quello del deposito dell'atto introduttivo presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria adita anche se per il diritto interno il procedimento inizi in un momento successivo.*

Corte giust., Sesta Sezione, 22 giugno 2016 (ord.), causa C-173/16, M.H c. M.H.

Il provvedimento della Corte trae origine da un'interessante questione proposta in via pregiudiziale dalla Cour of Appeal irlandese in materia di litispendenza di giudizi divorzili: i due coniugi, che per comodità di lettura, avendo le medesime iniziali, chiameremo Tizio e Caia, hanno proposto pressoché contemporaneamente un'azione per ottenere lo scioglimento del loro matrimonio dinanzi a due diverse giurisdizioni: la Family Law Court inglese e l'High Court irlandese. Il ricorso di Caia ai giudici inglesi fu depositato alle ore 7,53 del 7 settembre 2015 ed iscritto a ruolo il successivo 11 settembre con notifica effettuata il 15 dello stesso mese, mentre il ricorso di Tizio fu depositato alle 14,30 circa del medesimo 7 settembre 2015, iscritto a ruolo immediatamente e notificato il 9 settembre 2015.

La questione assume interesse anche per i pratici italiani giacché con l'iscrizione a ruolo telematica è possibile oggi anche per i nostri giudizi determinare l'esatto momento del deposito degli atti con ciò che consegue in tema di priorità dell'iscrizione a ruolo.

Secondo il diritto inglese la procedura divorzile iniziata da Caia è considerata pendente dinanzi a quella giurisdizione dall'11 settembre 2015, mentre secondo il diritto irlandese, il procedimento iniziato da Tizio innanzi alla High Court in Irlanda è considerato pendente dal 7 settembre 2015.

Il Regolamento 2201/13 (Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 in *GUUE n. L 338 del 23/12/2003*) dispone all'art. 16 che l'autorità giurisdizionale si considera adita: a) alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché fosse effettuata la notificazione al convenuto; o b) se l'atto deve essere notificato prima di essere depositato presso l'autorità giurisdizionale, alla data in cui l'autorità competente ai fini della notificazione lo riceve, purché successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale.

Dunque nel procedimento principale dinanzi alla High Court irlandese furono depositate dalle parti due istanze contrapposte chiedendo che la Corte dichiarasse la propria giurisdizione ovvero quella dei giudici inglesi ai sensi dell'art. 19 del Regolamento n. 2201/13 cit.

L'High Court stabilì che il preventivo deposito della domanda giudiziale innanzi alla Family Law Court ne consolidasse la giurisdizione. Proposto appello innanzi alla Court of Appeal, questa ha deciso di sottoporre alla CGUE un rinvio pregiudiziale per ottenerne la corretta interpretazione ed in particolare chiedendo se la "data in cui la domanda giudiziale (...) è depositata presso l'autorità giurisdizionale", di cui all'articolo 16, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 2201/2003, debba essere interpretata come: a) la data in cui la domanda giudiziale perviene all'autorità giurisdizionale, sebbene tale ricevimento non faccia di per sé immediatamente iniziare il procedimento ai sensi del diritto nazionale; o b) la data in cui, a seguito del ricevimento della domanda giudiziale da parte dell'autorità giurisdizionale, il procedimento inizia ai sensi del diritto nazionale.

La Court of Appeal ha chiesto l'applicazione dell'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte che stabilisce la possibilità ad istanza del giudice *a quo* ovvero di ufficio – in casi eccezionali – che il Presidente della Corte, sentito l'Avvocato Generale ed il giudice relatore, in deroga alle norme ordinarie di procedura, disponga di sottoporre il rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato.

La Corte nel decidere la questione ha preliminarmente rilevato che nei casi in cui vi sia sulla questione ad essa sottoposta, come quella in esame, giurisprudenza consolidata essa possa decidere con ordinanza ai sensi dell'art. 99 del Regolamento di procedura e che quindi non occorra accedere alla procedura accelerata.

La Corte ha quindi richiamato la propria sentenza del 6 ottobre 2015 (C-489/14, EU:C:2015:654) sulla litispendenza di giudizi innanzi a giudici di diversi Stati membri, rilevando che le norme hanno lo scopo di prevenire l'esistenza di procedimenti paralleli dinanzi ai Tribunali di differenti Stati membri e di evitare conflitti tra decisioni contrastanti che ne potrebbero derivare.

La Corte ha quindi richiamato il senso delle espressioni "preventivamente adita" e "successivamente adita" di cui all'art. 19 (1) e (3) del Regolamento n. 2201/03 rilevando che il meccanismo è fondato sull'ordine cronologico nel quale i Tribunali sono stati investiti della lite, quindi per determinare quando un giudice sia stato adito e quindi stabilire quale sia l'autorità giudiziaria preventivamente adita è necessario far riferimento all'art. 16 del regolamento intitolato "Adizione di un'autorità giurisdizionale".

La Corte ha quindi ricordato di aver ritenuto, con la propria ordinanza del 16 luglio 2015 (C-507/14, non pubblicata, EU:C:2015:512) che la norma contenga un'autonoma definizione del momento in cui un giudice deve considerarsi adito. Secondo il diritto UE la pendenza è determinata dal compimento di un singolo atto, a seconda del sistema procedurale in esame, ma in linea generale costituito dal deposito dell'atto introduttivo o dalla consegna dell'atto stesso all'autorità preposta per la sua notifica, senza peraltro sia necessario verificare che l'atto successivo sia stato effettivamente compiuto. Così, afferma la Corte, ai sensi dell'art. 16 del Regolamento 2201/03 il momento in cui il tribunale è adito è quello in cui l'atto introduttivo o l'atto equivalente è depositato presso la cancelleria a condizione che il ricorrente non abbia mancato di compiere gli atti conseguenti perché esso sia notificato al resistente (ordinanza del 16 luglio 2015, C-507/14, cit., p. 32).

La Corte ha quindi affermato che l'art. 16 del Regolamento 2201/03 non richieda la soddisfazione di due requisiti e cioè il deposito presso la cancelleria e la successiva notifica bensì solo di uno di essi. La Corte ha osservato che la successiva condizione, secondo cui è necessario che il ricorrente non manchi di compiere gli atti conseguenti e necessari per la notifica, ha il solo scopo di evitare abuso del processo.

La Corte ha ritenuto quindi che la sola preoccupazione degli Stati membri sia stata quella di stabilire oggettivamente e sulla base del solo dato cronologico la pendenza della lite senza riguardo alle norme procedurali nazionali che possono prendere in considerazione altri elementi.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha quindi affermato che l'art. 16 del Regolamento 2201/03 debba essere interpretato nel senso che "il momento in cui l'atto introduttivo del procedimento o un documento equivalente siano depositati presso la Corte", è il momento in cui tale atto sia depositato presso l'autorità giudiziale interessata anche se ai sensi dell'ordinamento nazionale il deposito dell'atto non determini di per sé l'inizio del procedimento.



**Rinvio pregiudiziale – Procedimento pregiudiziale d'urgenza – Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Decisione quadro 2002/584/GAI – Articolo 26, paragrafo 1 – Mandato d'arresto europeo – Effetti della consegna – Deduzione del periodo di custodia scontato nello Stato membro di esecuzione – Nozione di "custodia" – Misure restrittive della libertà diverse dalla reclusione – Arresti domiciliari associati a braccialetto elettronico**

*L'articolo 26, paragrafo 1, della 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, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, dev'essere interpretato nel senso che misure quali gli arresti domiciliari per un periodo di nove ore notturne, associati alla sorveglianza della persona interessata a mezzo di un braccialetto elettronico, all'obbligo di presentarsi quotidianamente o più volte alla settimana ad un commissariato di polizia ad ore stabilite, nonché al divieto di chiedere il rilascio di documenti validi per l'espatrio, non*

*sono, in linea di principio, tenuto conto del tipo, della durata, degli effetti e delle modalità di esecuzione dell'insieme di tali misure, talmente restrittive da determinare un effetto di privazione della libertà analogo a quello determinato dalla carcerazione e da essere quindi qualificate come «custodia» ai sensi della citata disposizione, circostanza che spetta in ogni caso al giudice del rinvio verificare.*

Corte giust., Quarta Sezione, 28 luglio 2016, causa C-294/16 PPU, JZ

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 26, paragrafo 1, della 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, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009 (a seguire: decisione quadro 2002/584).

All'origine c'è la controversia tra JZ e il Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście (procuratore del distretto di Łódź, Polonia) relativa alla richiesta dell'interessato che sia dedotto, dalla durata complessiva della pena detentiva a cui egli è stato condannato in Polonia, il periodo nel corso del quale lo Stato membro di esecuzione del mandato d'arresto europeo, ossia il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, ha attuato nei suoi confronti una sorveglianza elettronica del luogo di soggiorno, associata agli arresti domiciliari.

Con sentenza del 27 marzo 2007, il Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (tribunale distrettuale per Łódź Centro in Łódź, Polonia) ha condannato JZ ad una pena privativa della libertà di tre anni e due mesi di reclusione. Poiché JZ si è sottratto alla giustizia polacca, nei suoi confronti è stato emesso un mandato d'arresto europeo. Il 18 giugno 2014, JZ è stato arrestato dalle autorità del Regno Unito, in esecuzione di detto mandato d'arresto europeo, ed è stato incarcerato fino al 19 giugno 2014. Dal 19 giugno 2014 al 14 maggio 2015, JZ, rilasciato dietro pagamento di una cauzione, è stato sottoposto all'obbligo di rimanere presso l'indirizzo che aveva indicato, obbligo associato a sorveglianza elettronica. Inoltre, gli è stato imposto l'obbligo di presentarsi ad un commissariato di polizia, il divieto di chiedere il rilascio di documenti validi per l'espatrio e l'obbligo di tenere costantemente un telefono cellulare acceso e carico. Tali misure sono state applicate fino al 14 maggio 2015, data in cui l'interessato è stato consegnato alle autorità polacche.

Dinanzi al giudice del rinvio, JZ chiede che il periodo trascorso nel Regno Unito agli arresti domiciliari e sotto sorveglianza elettronica sia computato ai fini della pena privativa della libertà che gli è stata inflitta. Fa valere, in particolare, che in virtù dell'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, la decisione relativa all'imputazione della misura di sicurezza rispetto alla pena irrogata deve essere presa in base alle disposizioni in vigore nel Regno Unito, in virtù delle quali una misura di sicurezza che sottoponga la persona interessata a sorveglianza elettronica per un tempo pari o superiore a otto ore al giorno deve essere considerata come una pena privativa della libertà.

Il giudice del rinvio osserva che per il diritto britannico la deduzione dalla pena irrogata dei periodi di arresti domiciliari associati a sorveglianza elettronica del luogo di soggiorno è possibile solamente se i periodi di arresti domiciliari sono stati di almeno nove ore al giorno e che, in linea di principio, l'imputazione concerne la metà del periodo di applicazione della misura, con arrotondamento al giorno intero.

Il giudice nazionale ritiene che l'interpretazione della nozione di «custodia», contenuta all'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, sia essenziale per interpretare e applicare correttamente le disposizioni nazionali che consentono di ridurre la durata delle pene privative della libertà, tra le quali figura l'articolo 607f del codice di procedura penale, introdotto nella normativa polacca ai fini della trasposizione della decisione quadro 2002/584. A tal proposito, detto giudice rileva che l'interpretazione della nozione di «effettiva privazione della libertà», contenuta all'articolo 607f del codice di procedura penale, è fonte di divergenze in giurisprudenza e in dottrina.

Alla luce di quanto precede, il tribunale distrettuale per Łódź Centro in Łódź ha deciso di sospendere il procedimento e chiedere alla Corte lussemburghese se l'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 debba essere interpretato nel senso che misure quali gli arresti domiciliari per un periodo di nove ore notturne,

associati alla sorveglianza della persona interessata a mezzo di un braccialetto elettronico, all'obbligo di presentarsi quotidianamente o più volte alla settimana ad un commissariato di polizia ad ore stabilite, nonché al divieto di chiedere il rilascio di documenti validi per l'espatrio, possono esse qualificate come «custodia», ai sensi di detto articolo 26, paragrafo 1.

Preliminarmente, il giudice UE ricorda che il carattere vincolante della decisione quadro 2002/584 comporta, per l'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione del mandato d'arresto europeo, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale. Pertanto, detta autorità deve interpretare il proprio diritto nazionale, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di detta decisione quadro, per realizzare l'obiettivo da essa perseguito. È certo vero che tale obbligo d'interpretazione conforme è limitato dai principi generali del diritto e non può porsi a fondamento di un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. «Resta il fatto, tuttavia, che il principio d'interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della decisione quadro di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima (v., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11, EU:C:2012:517, punti 55 e 56 nonché giurisprudenza citata)».

Secondo costante giurisprudenza della Corte, dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, la quale non contenga alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del proprio significato e della propria portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione europea, di un'interpretazione autonoma e uniforme (Corte giust. 17 luglio 2008, *Kozłowski*, C-66/08, EU:C:2008:437; 24 maggio 2016, *Dworzecki*, C-108/16 PPU, EU:C:2016:346).

«Orbene, tale disposizione non comporta alcun rinvio al diritto degli Stati membri per determinarne il significato e lo scopo. Pertanto, si deve considerare la nozione di custodia, di cui all'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, quale nozione autonoma del diritto dell'Unione, da interpretarsi in maniera autonoma e uniforme sul territorio di quest'ultima, tenendo conto dei termini di tale disposizione, del suo contesto e della finalità perseguita dalla normativa di cui essa fa parte (v., in tal senso, sentenza del 29 ottobre 2015, *Saudaçor*, C-174/14, EU:C:2015:733, punto 52)».

Per quanto concerne il contesto nel quale si colloca l'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, la Corte rileva che l'articolo 12 di quest'ultima prevede che, quando una persona viene arrestata sulla base di un mandato d'arresto europeo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decide, conformemente al diritto interno dello Stato membro dell'esecuzione, se la persona debba o meno rimanere in stato di custodia, con la precisazione che, in qualsiasi momento e conformemente al medesimo diritto, è possibile la rimessa in libertà provvisoria della persona interessata, a condizione che l'autorità competente adotti le misure ritenute necessarie ad evitare la fuga di tale persona. Tale disposizione, pertanto, prevede un'alternativa alla «custodia», ossia la rimessa in libertà provvisoria, associata a misure che prevenivano la fuga della persona interessata.

Inoltre, in merito all'obiettivo perseguito dall'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, il giudice UE osserva che l'obbligo previsto in tale articolo, di dedurre il periodo di custodia che risulta dall'esecuzione di un mandato d'arresto europeo dalla durata totale della detenzione che la persona interessata dovrà scontare nello Stato emittente mira ad attuare l'obiettivo generale del rispetto dei diritti fondamentali, quali quelli di cui al punto 12 della decisione quadro 2002/584 e richiamati all'articolo 1, paragrafo 3, della stessa, preservando il diritto alla libertà della persona interessata, sancito dall'articolo 6 della Carta, nonché l'effetto utile del principio della proporzionalità delle pene, ai sensi dell'articolo 49, paragrafo 3, della Carta.

Infatti, nei limiti in cui dispone che si tenga conto dell'intero periodo di tempo in cui il condannato è rimasto in custodia presso lo Stato membro di esecuzione, l'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 garantisce che il soggetto di cui trattasi non abbia a scontare, in definitiva, una custodia la cui durata complessiva – tanto nello Stato membro di esecuzione quanto nello Stato membro di emissione – superi la durata della pena privativa della libertà a cui egli è stato condannato nello Stato membro di emissione.

Ne deriva che l'articolo 26 in parola non può essere interpretato nel senso che esso si limita ad imporre agli Stati membri di emissione del mandato d'arresto europeo di dedurre i soli periodi di carcerazione scontati nello Stato membro di esecuzione, senza considerare i periodi in cui sono state applicate altre misure, che comportino una privazione della libertà con effetti analoghi a quelli di una carcerazione. Pertanto, la nozione di «custodia», ai sensi della disposizione *de qua*, designa una misura non semplicemente restrittiva bensì privativa della libertà, che non deve necessariamente prendere la forma di una carcerazione. «Tenuto conto delle considerazioni che precedono e, in particolare, della distinzione da porre tra misure restrittive della libertà, da un lato, e quelle private della libertà, dall'altro lato, la nozione di «custodia», ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, dev'essere interpretata in modo da comprendere, oltre alla carcerazione, qualsiasi misura o

insieme di misure imposte alla persona interessata che, in ragione del tipo, della durata, degli effetti e delle modalità di esecuzione, privino la persona interessata della libertà in modo analogo ad una carcerazione».

Ne risulta a giudizio della Corte UE che l'articolo 26, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 si interpreta nel senso che misure quali gli arresti domiciliari nei termini di causa, non sono, in linea di principio, talmente restrittive da determinare un effetto di privazione della libertà analogo a quello determinato dalla carcerazione e da essere quindi qualificate come «custodia» ai sensi della citata disposizione, circostanza che spetta in ogni caso al giudice del rinvio verificare.

## Ordinamento giudiziario

LA ENNESIMA MINI RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO. COMMENTO ORGANICO  
AGLI ARTICOLI DA 1 A 6 DEL D.L. N. 168 DEL 2016 ..... 988  
di Nicola Graziano

ORDINAMENTO  
GIUDIZIARIO



## La ennesima mini riforma dell'Ordinamento Giudiziario<sup>1</sup>. Commento organico agli articoli da 1 a 6 del d.l. n. 168 del 2016

### sommario

Premessa. – **1.** Le misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione. – **2.** Le norme per assicurare la continuità negli incarichi apicali presso la Corte di Cassazione. – **3.** I nuovi limiti di età per il conferimento di funzioni direttive. – **4.** Le misure introdotte dall'art. 2 del decreto legge. – **5.** Le disposizioni in materia di tramutamenti successivi dei magistrati. – **6.** Le previsioni normative sul personale dell'Amministrazione della Giustizia.

### Premessa

Inaspettato nei suoi contenuti, anche viste le anticipazioni giornalistiche relative in particolare alla ennesima riforma parziale del processo civile ed alla assunzione di giudici ausiliari destinati allo smaltimento del consistente arretrato della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione (nella relazione del Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione del 28 gennaio 2016 tenuta in occasione della inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2016 emerge, infatti, che il 32,7% della intera pendenza della Corte di Cassazione è imputabile alla Sezione Tributaria), come un primo temporale nei sereni cieli estivi che sovrastano i rapporti tra Ordine Giudiziario e Potere Esecutivo, il Consiglio dei Ministri nella seduta del 29 agosto 2016 n. 127 ha approvato il decreto legge n. 168 (pubblicato poi nella Gazzetta Ufficiale n. 203 del 31 agosto 2016) recante "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli Uffici Giudiziari nonché per la Giustizia Amministrativa" che, però, non contiene le anticipate norme sulla processo civile e sulla definizione delle ingenti pendenze della Sezione Tributaria che, quindi, sono state stralciate, limitando, il Governo, il suo intervento ad una serie di norme che incidono sul già frastagliato corpus normativo in cui si articola l'Ordinamento Giudiziario, così destando non poche polemiche e preoccupazioni nella Magistratura Italiana se solo si pensa al comunicato della Giunta Esecutiva Centrale della Associazione Nazionale Magistrati che, con particolare riferimento alle norme che prorogano il trattenimento in servizio per i magistrati che rico-

prono funzioni apicali, direttive superiori o direttive presso la Suprema Corte di Cassazione e la Procura Generale, ha parlato di inaccettabile misura, di scarsa lungimiranza del Governo nella politica giudiziaria e di norme viziate da profili di illegittimità costituzionale.

Occorre procedere con il dichiarato scopo di una lettura sistematica delle norme che compongono il Capo I del decreto legge in commenti (artt. da 1 a 6) non potendo, fin da adesso, però tacere che si preannuncia una intesa attività interpretativa del Consiglio Superiore della Magistratura che sarà chiamato, soprattutto ma non solo, a sciogliere il nodo della applicazione della nuova disciplina tenuto conto che non pochi problemi di diritto transitorio, come di seguito si dirà, pongono le norme immediatamente entrate in vigore il 31 agosto 2016.

### 1. Le misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione

Recependo le indicazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione che, nel suo intervento del 28 gennaio 2016 tenuto nel corso della inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, così auspicava "tenuto conto delle limitate risorse disponibili e dell'ormai insuperabile indice di produttività di ciascun consigliere, si richiede una quota di risorse aggiuntive, composta, oltre che dagli assistenti di studio per legge assegnati al Massimario, da un congruo numero di tirocinanti, anche *ex art.* 73 d.l. n. 69/2013, che, negli uffici spoglio sezionali, costituiscano l'ufficio per il processo di cassazione, alla stregua di quanto avviene presso altre Corti Supreme", l'art. 1 del decreto legge in commento, nel modificare l'art. 115 del regio decreto n. 12/1941 (Testo unico sull'Ordinamento Giudiziario), ha disciplinato l'applicazione dei magistrati dell'Ufficio del massimario e del ruolo per lo svolgimento di funzioni giurisdizionali di legittimità proprio per la definizione del contenzioso, specie risalente nel tempo, affidando al Primo Presidente il potere di applicare temporaneamente i sopra detti magistrati, con una anzianità di servizio nel predetto ufficio però non inferiore a due anni, proprio per lo svolgimento di funzioni di legittimità.

Sarà quindi compito del Primo Presidente organizzare l'applicazione pratica di tale norma comparando,

<sup>1</sup> Il presente articolo è pubblicato anche in Guida al Diritto n. 38 del 17 settembre 2016.

da una parte, le esigenze dell'Ufficio del massimario e del ruolo e, dall'altra, prevedendo criteri di organizzazione interna tali da poter concretizzare il non più rinviabile processo di semplificazione ed accelerazione delle procedure, con particolare riferimento alla specializzazione dei magistrati applicati ed al loro collegamento proprio con l'Ufficio di provenienza che invero un utile e produttivo ponte tra l'attività giurisdizionale delle singole sezioni e l'Ufficio del massimario.

Appare condivisibile la norma secondo cui il collegio giudicante della Corte non può essere composto da più di un magistrato dell'Ufficio del massimario e del ruolo, pena gli evidenti riflessi sulla validità delle decisioni assunte.

Strettamente collegata a tale previsione, in quanto specifica l'esigenza di prevedere quota di risorse aggiuntive per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, è la disposizione di cui al comma I dell'art. 2 del decreto legge in commento che, nel modificare l'art. 73 del d.l. n. 69/13 convertito con l. n. 98/13, estende la previsione di tirocini formativi presso la Corte di Cassazione e la Procura generale presso la Corte di Cassazione, in tal caso prevedendosi che l'attività di formazione degli ammessi allo stage è condotta in collaborazione con il Consiglio Nazionale Forense nonché con le Scuole di specializzazione per le professioni legali ricorrendone i presupposti di cui al comma *V-bis* del sopra citato art. 73.

In tale ottica il potenziamento dei tirocini formativi consentirà al Primo Presidente di costituire, come già immaginato, anche con i magistrati assistenti di studio, "l'ufficio per il processo di cassazione", collegato cioè al potenziamento degli uffici spoglio sezionali.

## 2. Le norme per assicurare la continuità negli incarichi apicali presso la Corte di Cassazione

Strettamente collegata alle norme di cui sopra che, come detto, hanno l'evidente scopo di facilitare e rendere attuabili le molteplici iniziative di autoriforma, mediante l'adozione, anche sperimentale, di misure organizzative interne, radicali e inedite intraprese e da intraprendere per la definizione dell'elevato contenzioso pendente innanzi alla Corte di Cassazione (così il Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione nella relazione sopra indicata), è quanto previsto dall'art. 5, comma I, del decreto legge in commento che detta la disciplina della proroga del trattenimento in servizio di magistrati presso la Suprema Corte di Cassazione, al fine di assicurare la continuità negli incarichi apicali, direttivi superiori e direttivi presso la Suprema Corte di Cassazione e la Procura Generale della Corte di Cassazione, proprio, si legge testualmente nella norma, "in ragione delle molteplici iniziative di riforma intraprese per la definizione dell'elevato contenzioso ivi pendente".

Si prevede, per la seconda volta nell'arco di due anni, di prorogare il pensionamento di un anno questa

volta solo con riguardo ai magistrati apicali della Corte di Cassazione con il differimento al 31 dicembre 2017 degli effetti dell'art. 1, comma III, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, e cioè solo per i magistrati che ricoprono funzioni apicali, direttive superiori o direttive presso la Suprema Corte di Cassazione e la Procura Generale, i quali non abbiano compiuto il settantaduesimo anno di età alla data del 31 dicembre 2016 e che debbano essere collocati a riposo nel periodo compreso fra la medesima data del 31 dicembre 2016 e il 30 dicembre 2017.

Questa l'eccezione mentre per tutti gli altri magistrati ordinari resta fermo il termine ultimo di permanenza in servizio stabilito dal citato articolo 1, comma III, del sopra detto decreto.

La norma (cui fa eco l'art. 10 del decreto legge in commento che disciplina la proroga degli effetti del trattenimento in servizio di magistrati amministrativi e contabili e avvocati dello Stato) si espone a condivisibili critiche perché appare del tutto evidente che essa presenta forti dubbi di costituzionalità, solo se si pensa che, eccezion fatta per i magistrati sopra indicati, gli altri, a parità di anzianità, sono costretti ad andare in pensione, con il probabile innesco di un contenzioso destinato a giungere fino alla Corte Costituzionale.

Ancora una volta il Governo, nella evidente consapevolezza di aver determinato un vuoto nella classe dirigente della magistratura, intende porre riparo alle conseguenze alla scelta drastica di abbassare l'età pensionabile dei magistrati da 75 anni a 70 anni senza aver previsto un graduale scaglionamento dei collocamenti a riposo ma la norma pone problemi gravi, non solo per la sopra detta evidente incostituzionalità per disparità di trattamento, ma perché incide direttamente sulle procedure già avviate dal Consiglio Superiore della Magistratura per la copertura dei posti che si sarebbero resi vacanti al 31 dicembre 2016.

## 3. I nuovi limiti di età per il conferimento di funzioni direttive

Desti perplessità anche la modifica al comma I dell'art. 35 del d.lgs. n. 160/2006 che reca la disciplina dei limiti di età per il conferimento delle funzioni direttive (art. 5, comma II, decreto legge in commento).

Ed infatti si prevede che le sole funzioni direttive giudicanti di legittimità che sono quelle di Presidente di Sezione della Corte di Cassazione e le sole funzioni direttive requirenti di legittimità che sono quelle di Avvocato Generale presso la Corte di Cassazione (così art. 10, comma XIV, del D.lgs. n. 160/2006) possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, al momento della data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno tre anni di servizio prima della data di collocamento a riposo mentre, per tutte le altre funzioni direttive (di cui all'elenco contenuto nel sopra detto art. 10, commi da X e XII) si prevede che

possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, al momento della data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno quattro anni di servizio prima della data di collocamento a riposo.

#### 4. Le misure introdotte dall'art. 2 del decreto legge

L'art. 2, oltre a prevedere norme sul tirocinio formativo, reca una serie di misure straordinarie per contrarre i tempi di copertura delle vacanze nell'organico degli uffici giudiziari di primo grado.

Sono norme che incidono sul procedimento che va dal concorso per l'accesso in magistratura fino alla nomina a magistrato ordinario, attraversando sia le norme che attengono al tirocinio formativo dei magistrati ordinari che le disposizioni sulla attribuzione delle funzioni ai magistrati ordinari al termine del tirocinio.

Il Governo ha inteso procedere attraverso la modifica di alcuni articoli del d.lgs. n. 160 del 2006 che reca norme sulla nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della Legge 25 luglio 2005, n. 150, mettendo in discussione, a dire il vero, alcuni dei tratti qualificanti della normativa introdotta nel 2006 nonché derogando alle disposizioni del Titolo II, norme sul tirocinio dei magistrati ordinari in tirocinio, del d.lgs. n. 26 del 2006.

L'aumento dei posti messi a concorso

Al fine di rendere più efficace la procedura concorsuale e cioè al fine di evitare che concorrenti idonei in soprannumero rispetto ai posti messi a concorso non possano essere nominati magistrato ordinario, con una modifica dell'art. 8 del sopra detto d.lgs. n. 160/2006, il Governo attribuisce al Consiglio Superiore della Magistratura, su richiesta del Ministro della Giustizia da effettuare entro cinque giorni dall'ultima seduta, di assegnare, seguendo l'ordine di graduatoria, ulteriori posti disponibili o che si renderanno tali entro sei mesi dall'approvazione della graduatoria stessa, sempre che detti posti non superino il decimo di quelli messi a concorso.

Si prevede opportunamente che il Consiglio Superiore della Magistratura provveda entro un mese dalla richiesta in modo da non creare ostacoli al celere svolgimento della procedura concorsuale.

La norma non può che essere vista con favore se solo si considera il grande sforzo organizzativo messo in campo per l'espletamento della procedura concorsuale per l'accesso in magistratura e se solo si considera anche lo sforzo dei concorrenti risultati idonei ma non vincitori, tutto ciò collegato evidentemente al dichiarato scopo di far fronte alle scoperture che inevitabilmente si creano dalla indizione del concorso fino alla sua conclusione attraverso la emanazione del decreto ministeriale di cui alla legge.

Opportuna ed efficace è la disposizione di cui al comma IV dell'art. 2 in commento che estende l'ap-

plicazione delle sopra dette disposizioni anche ai concorsi per magistrato ordinario in corso di svolgimento alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Le nuove norme sul tirocinio dei magistrati che hanno superato il concorso

Un serrato dibattito è destinato a creare la deroga, definita proprio dal Governo come straordinaria, alle disposizioni contenute nel Titolo II del d.lgs. n. 26/2006 relative alla durata del tirocinio dei magistrati ordinari dichiarati idonei all'esito dei soli concorsi banditi negli anni 2014 e 2015 e nominati con decreto ministeriale adottato a norma dell'articolo 8 del d.lgs. n. 160/2006.

Si prevede, infatti, proprio al fine di consentire una più celere copertura delle vacanze nell'organico degli uffici giudiziari di primo grado, che il tirocinio abbia la durata di dodici mesi e si articoli in sessioni, una delle quali della durata di due mesi, anche non consecutivi, effettuata presso la Scuola Superiore della Magistratura ed una della durata di dieci mesi, anche non consecutivi, effettuata presso gli uffici giudiziari.

Di conseguenza viene modificato anche l'art. 21, comma I, del sopra citato d.lgs. n. 26/2006 nella parte in cui si prevede la durata dei tre periodi in cui si articola la sessione presso gli uffici giudiziari in quanto il primo periodo da svolgersi presso i tribunali e consistente nella partecipazione all'attività giurisdizionale relativa alle controversie o ai reati rientranti nella competenza del tribunale in composizione collegiale e monocratica, compresa la partecipazione alla camera di consiglio, in maniera che sia garantita al magistrato ordinario in tirocinio la formazione di una equilibrata esperienza nei diversi settori viene ridotto dagli originari quattro mesi a tre mesi; il secondo periodo, che resta della durata di due mesi, viene svolto presso le Procure della Repubblica presso i tribunali; il terzo periodo da svolgersi presso un ufficio corrispondente a quello di prima destinazione del magistrato ordinario in tirocinio viene ridotto da sei a cinque mesi.

Sia pure in via del tutto straordinaria viene ridotto fortemente il ruolo e la funzione che è chiamata a svolgere la Scuola Superiore della Magistratura che, tra le altre cose, è stabilmente preposta all'organizzazione e alla gestione del tirocinio e della formazione degli uditori giudiziari (oggi MOT – Magistrati Ordinari in Tirocinio), curando che entrambi siano attuati sotto i profili tecnico, operativo e deontologico in quanto la sessione da effettuarsi presso la Scuola viene ridotta a soli due mesi, anche non consecutivi, mentre non appare pienamente condivisibile la drastica riduzione del complessivo periodo di tirocinio anche in vista delle delicate funzioni che i MOT sono chiamati a svolgere e della necessità di un momento di concretizzazione in via pratica delle funzioni, dopo il faticoso, e da questo punto di vista del tutto sterile, periodo dedicato alla preparazione solo teorica (anche se ciò potrebbe essere in parte compensato dallo svolgimento di tirocini for-

mativi che sempre più frequentemente costituiscono l'accesso alla magistratura).

Resta certamente la considerazione che immediatamente il Consiglio Superiore della Magistratura nonché gli Organi direttivi della Scuola Superiore della Magistratura, ognuno per i propri poteri e competenze, dovranno emanare norme interpretative e di attuazione alle disposizioni appena commentate per evitare un caos organizzativo che per nulla gioverebbe a quanti si preparano a svolgere le funzioni giurisdizionali.

L'attribuzione ai MOT delle funzioni monocratiche penali

Il comma II, lett. b) dell'art. 2 del decreto in commento prevede la abrogazione del comma II dell'art. 13 del d.lgs. n. 160/2006 (come modificato dalla Legge n. 187/2011) e cioè prevede 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.

Tale norma cancella definitivamente un dibattito da sempre in atto tra coloro i quali ritengono che la prima fase della carriera del magistrato debba essere connotata da limiti rigorosi di esercizio delle funzioni fino alla prima valutazione di professionalità, identificando la ratio della limitazione nella considerazione che i magistrati di prima nomina sono inidonei a svolgere determinate delicate funzioni senza aver compiuto un adeguato percorso formativo giurisdizionale e tra quanti, proprio con specifico riferimento alle funzioni giudicanti, evidenziavano l'incongruità della soluzione adottata dal Legislatore che, nel prevedere il divieto di destinare i magistrati di prima nomina a tutte le funzioni monocratiche penali, non appariva adeguatamente coordinata con la possibilità che a tali funzioni siano destinati, sia pure in supplenza e limitatamente ai processi a citazione diretta, giudici onorari, i quali non hanno superato la rigida selezione conseguente alla partecipazione ad un concorso pubblico di secondo grado per l'accesso in magistratura, senza tacere che appariva del tutto incongruo ritenere che un magistrato, dopo un lungo periodo di esercizio della giurisdizione nel settore civile, potesse per ciò solo ritenersi solamente professionalmente valido per l'esercizio delle funzioni monocratiche penali.

A giudizio di chi scrive però la abrogazione della norma sopra citata va letta non solo nell'ottica del superamento del dibattito appena indicato ma certamente nell'ottica di migliorare l'efficienza degli uffici giudiziari, specialmente di piccole dimensioni e/o meno appetibili come del resto osservato anche dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera del 27 luglio 2011 con cui si proponeva proprio l'abrogazione dell'art. 13, comma II, del sopra citato

decreto legislativo visto che "i divieti imposti dall'art. 13 del decreto legislativo n. 160 del 2006, in relazione alle funzioni giudicanti penali monocratiche per i magistrati che non abbiano ancora conseguito la prima valutazione di professionalità, stanno determinando nelle sedi giudiziarie piccole e meno appetibili (per situazioni logistiche o di carico di lavoro) la paralisi della giustizia penale, per la mancanza di magistrati aventi i requisiti ordinamentali per svolgere sia le funzioni di G.I.P., sia di giudice del dibattimento nei processi monocratici penali. La ragione di questo effetto dell'innovazione legislativa risiede nel fatto che in queste sedi i magistrati "più anziani" che conseguono il trasferimento altrove vengono sostituiti unicamente da M.O.T. (cioè ex magistrati ordinari in tirocinio che non hanno ancora conseguito la prima valutazione di professionalità)".

### 5. Le disposizioni in materia di tramutamenti successivi dei magistrati

Strettamente collegata alle sopra detta esigenza di migliorare l'efficienza degli uffici giudiziari (almeno nel dichiarato intento del Governo) è la previsione normativa contenuta nell'art. 3 del decreto legge in commento.

In tal caso, infatti, nel modificare l'art. 194 del Reale decreto n. 12/1941 si è ritenuto di allungare da tre a quattro anni il termine per permettere al magistrato di legittimarsi al trasferimento ad altre sedi o alla assegnazione di altre funzioni (c.d. tramutamenti successivi), estendendo tale ipotesi anche al caso della assegnazione d'ufficio, segnatamente anche all'ipotesi di prima assegnazione della sede in favore dei MOT, salvo evidentemente che ricorrano gravi motivi di salute ovvero gravi ragioni di servizio o di famiglia.

Ancora una volta, a giudizio di chi scrive, con una norma di portata più generale si è cercato di salvaguardare l'efficienza degli uffici giudiziari di piccole dimensioni e quindi meno appetibili che, come sopra detto, sono destinati ad essere popolati da MOT al momento del conferimento della loro funzioni (ed è proprio in tale ottica che si inserisce la previsione che elimina la distinzione tra sede richiesta dal magistrato ovvero tra sede allo stesso assegnata a seguito di trasferimento d'ufficio).

Se, da una parte, tale disposizione appare teoricamente condivisibile nell'ottica di una migliore efficacia dell'esercizio della funzione, dall'altra questa sembra essere troppo penalizzante per i MOT costretti ad una sede di prima assegnazione spesso non gradita perché disagiata o comunque lontana dai luoghi di provenienza e soprattutto la stessa è destinata a creare una serie di disagi organizzativi perché del tutto prive di norme transitorie sono le previsioni che incidono sulla disciplina dei tramutamenti successivi.

Due, a giudizio di chi scrive, sono i problemi interpretativi cui è chiamato immediatamente a dare rispo-



sta il Consiglio Superiore della Magistratura ovvero il Parlamento in sede di conversione del decreto legge in commento.

Che cosa accade per le procedure di tramutamento successivo in atto?

E per i magistrati che hanno maturato prima della entrata in vigore del decreto legge la legittimazione triennale che effetto produce la normativa sopravvenuta?

Si ritiene, relativamente al primo interrogativo, di dare una risposta nel senso che le procedure in corso non sono travolte dalla nuova normativa in quanto le stesse sono state indette con regole precedentemente vigenti e non possono essere interrotte, pena gravi lesioni alle aspettative di trasferimento già pienamente maturate dai magistrati che hanno appunto fatto richiesta di essere trasferiti ad altra sede ed anche alla organizzazione degli uffici giudiziari.

Più complessa è la risposta da dare al secondo dei quesiti posti ma sembra più coerente con la ratio della norma introdotta con decretazione d'urgenza ritenere che il magistrato che aveva maturato la legittimazione triennale al tramutamento ma che non ha ancora partecipato ad alcuna procedura di trasferimento sia costretto a subire gli effetti della nuova norma e quindi ad attendere un ulteriore anno per poi aspirare al trasferimento ad altra sede.

Ulteriore questione attiene agli effetti di tale norma sia sulla legittimazione a partecipare al conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi sia sulla permanenza nei suddetti incarichi.

Sotto il primo profilo è evidente che la norma fa venire meno la legittimazione a partecipare al concorso per il conferimento dei sopra detti incarichi, sempre che, come detto, non ci sia un procedimento già avviato, anche solo nella fase della pubblicazione dei posti vacanti e anche se la legittimazione triennale si matura al momento della effettiva vacanza del posto messo a concorso, mentre quanto al secondo profilo non si può che rilevare che la previsione aumenta, indirettamente, il periodo di permanenza nello svolgimento degli incarichi direttivi e semidirettivi il che, oltre ad essere funzionale all'effettivo svolgimento degli stessi, appare del tutto coerente con lo stesso periodo quadriennale di permanenza per la conferma nell'incarico stesso.

## 6. Le previsioni normative sul personale dell'Amministrazione della Giustizia

Il quadro delle novità introdotte con il decreto legge in commento si completa con l'analisi dell'art. 4 che reca disposizioni per l'efficienza degli Uffici di Sorveglianza e divieto di assegnazione del personale dell'amministrazione della giustizia ad altre amministrazioni.

Infatti si stabilisce che il personale del ruolo delle cancellerie e segreterie giudiziarie e personale esecutivo e subalterno assegnato agli Uffici di Sorveglianza non

può essere destinato temporaneamente ad altri uffici del distretto giudiziario di appartenenza senza il nulla-osta del Presidente del Tribunale di Sorveglianza.

Inoltre, al fine di garantire il mantenimento di indispensabile forza lavoro, si impedisce il comando, il distacco o altra assegnazione presso altre Pubbliche Amministrazioni del personale in servizio presso l'Amministrazione della Giustizia fino al 31 dicembre 2019, eccezion fatta che per il personale con qualifiche dirigenziali nonché per le procedure per comandi, distacchi e assegnazioni in corso nonché a quelli presso gli organi costituzionali.

Infine l'art. 6 del decreto legge reca modifiche alla legge 30 luglio 2007, n. 111 in materia di norme sull'Ordinamento giudiziario ed in particolare sulle indicazioni numeriche di organico corrispondenti alle funzioni direttive di merito, sottraendo, dal numero complessivo di trecentosessantasei, cinquantadue posti che residuano dalla soppressione di uffici avvenuta con la riforma della «geografia giudiziaria» disposto dal d.lgs. n. 155/2012. In tal caso i cinquantadue posti portati in detrazione in quella fascia di organico vanno ad aumentare quelli di cui alla lettera L della Tabella, dedicata ai magistrati con funzioni giudicanti e requirenti di merito di primo e di secondo grado, non direttivi, entro cui devono essere individuati conseguentemente i posti per l'incremento della pianta organica, in specie della Magistratura di Sorveglianza che ha visto incrementare i suoi compiti.

## Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

### DIRITTO CIVILE

La legge sopravvenuta modifica il termine di prescrizione non ancora maturato? ..... 994  
di Eva Aurilia

### DIRITTO PENALE

Il sequestro preventivo perde efficacia con la sentenza di condanna non definitiva ed i beni  
devono essere restituiti all'avente diritto. .... 997  
di Giacomo Romano

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

Le Fondazioni lirico-sinfoniche alla luce della legge n. 160/2016: un passo verso la privatizzazione  
sostanziale? ..... 1002  
di Elia Scafuri



## Diritto civile

### La legge sopravvenuta modifica il termine di prescrizione non ancora maturato?

#### abstract

*About the matter of statute of limitations, the reforming law that changes the prescription term can be applied to all the cases in which the originally-determined term is not expired yet. It does not produce any effect on vested rights.*

#### keywords

*Statute of limitations – Reforming law – Insurance contract.*

#### abstract

*In materia di prescrizione, la legge sopravvenuta che modifica il relativo termine si applica a tutti i casi in cui il termine prescrizione originariamente previsto non è ancora maturato. Nessun effetto produce sui diritti questi.*

#### parole chiave

*Prescrizione – Legge sopravvenuta – Contratto di assicurazione.*

La questione in esame, che nasce dalla recentissima sentenza del Tribunale di Napoli, sezione XII, giudice dott. Scotto di Carlo, n. 8312 del 2016, inerisce alla individuazione della normativa da applicare al fine di poter ritenere o meno prescritti i diritti nascenti dal contratto di assicurazione. In particolare, il caso che si andrà ad analizzare riguarda la applicabilità della normativa sopravvenuta in materia di prescrizione, ad una fattispecie sorta antecedentemente all'entrata in vigore della stessa ma non ancora estinta.

Al riguardo non può prescindersi da una breve premessa di ordine generale relativa alla funzione dell'istituto della prescrizione estintiva.

Si ritiene, comunemente, che l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici giustifichi la previsione di un termine, più o meno ampio, il cui spirare determini l'estinzione dei diritti soggettivi.

La prescrizione estintiva, infatti, produce l'estinzione del diritto soggettivo per effetto dell'inerzia ingiustificata del titolare del diritto stesso che non lo esercita per il tempo previsto dalla legge.

Il tempo per il quale deve protrarsi ininterrottamente l'inerzia del titolare del diritto è stabilito in misura più o meno ampia dal legislatore in relazione alla peculiarità dei casi. Ed infatti, accanto alla ordinaria prescrizione decennale, sono previste "prescrizioni brevi" che, definendo in tempi più celeri le posizioni giuridiche soggettive, favoriscono, inevitabilmente, la posizione debitoria.

Tra queste, figura la prescrizione dei diritti derivanti dal contratto di assicurazione, disciplinata dall'art. 2952, comma 2, c.c. Tale norma, nella sua originaria formulazione, prevedeva che i diritti in questione si prescrivessero "nel termine di un anno dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda". Con il d.l. n. 134 del 28 agosto 2008 – convertito in legge n. 166/2008 – tale termine è stato innalzato a due anni, in quanto ritenuto, presumibilmente, eccessivamente lesivo delle pretese creditorie.

Con l'intervento normativo da ultimo citato, il legislatore ha omesso tuttavia di disciplinare le sorti dei rapporti giuridici pendenti, ossia quelli per i quali "il fatto su cui il diritto si fonda" si è verificato sotto la vigenza dell'originaria formulazione della norma di cui all'art. 2952, comma 2, c.c.

Non ha, dunque, specificato quali effetti avrebbe prodotto, su tali situazioni, l'innalzamento del termine prescrizione da un anno a due anni, facendo sorgere problemi di diritto intertemporale.

Il Tribunale di Napoli, con la predetta sentenza, si è pronunciato su un caso concreto riconducibile a quelli appena descritti, seguendo un iter logico-motivazionale non supportato da precedenti giurisprudenziali riguardanti casi analoghi.

Nel giudizio in questione, avente ad oggetto la richiesta di manleva avanzata dall'assicurato, nei confronti di una società assicuratrice, quest'ultima eccepeva l'intervenuta prescrizione annuale dei diritti nascenti, in capo al primo, dal contratto di assicurazione tra le parti concluso. Tale eccezione faceva leva sul dato per cui il *dies a quo* dal quale cominciava a decorrere il termine utile ai fini prescrizione, nel caso di specie, era collocabile in un momento precedente rispetto all'introduzione della modifica apportata dal d.l. 134 del 28 agosto 2008.

Per la società assicuratrice, dunque, le modifiche introdotte dalla norma citata, non avrebbero avuto

alcuna influenza sui diritti pendenti. Di contro, il soggetto assicurato avanzava una tesi suggestiva, poi accolta dal Giudice di prime cure e che ora andremo ad analizzare.

Come poc' anzi anticipato, quello sottoposto all'attenzione del Tribunale di Napoli è un caso riferibile, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine prescrizionale, ad un momento nel quale vigeva l'originaria formulazione della norma di cui all'art. 2952, comma 2 c.c. e, dunque, ad un momento nel quale il relativo termine era fissato in un anno. Tuttavia, al momento dell'introduzione della modifica legislativa ad opera del su citato d.l., che ha innalzato il termine prescrizionale a due anni, tale termine annuale precedentemente vigente ancora non era spirato. In altri termini, la prescrizione annuale non era ancora maturata e, pertanto, si trattava di un diritto pendente.

Il quesito, dunque, sul quale il Giudice di prime cure è stato chiamato a pronunciarsi, verteva sull'incidenza della novità legislativa su di un diritto sì pendente ma non ancora quesito.

Le argomentazioni sostenute dall'assicurato, e poi seguite dal giudice, hanno avuto ad oggetto proprio la distinzione tra diritti pendenti e diritti quesiti. Mentre, infatti, nessun dubbio è sorto circa la ininfluenza dello *ius superveniens* su diritti già maturati sotto il vigore della precedente disciplina, in virtù dell'applicazione del principio della irretroattività delle leggi, tale conclusione non è stata ritenuta altrettanto lapalissiana per l'ipotesi in cui si tratti di diritti sorti nel vigore di una disciplina precedente e il cui termine di prescrizione previsto non sia ancora decorso quando è entrata in vigore la modifica normativa che ha raddoppiato la durata dello stesso.

Secondo tale tesi, dunque, l'impossibilità di applicare la nuova normativa riguarderebbe soltanto i diritti quesiti e non anche quelli pendenti.

A voler ampliare lo sguardo e guardare alle norme vigenti, non si può non notare, infatti, come il principio della irretroattività della legge sopravvenuta assuma connotati rigorosi soltanto nell'ambito del diritto penale, quale corollario indispensabile del principio di legalità. Non è un caso che tale principio, previsto in via generale dall'art. 11<sup>1</sup> delle Disposizioni preliminari al codice, ha rango Costituzionale soltanto per la materia penalistica. L'art. 25, comma 2 Cost. recita, infatti, che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Una disposizione analoga, non è, invece, prevista per il diritto civile. È lo stesso legislatore penale, invece, a riconoscere la retroattività della legge più favorevole al *reo* all'art. 2, comma 4 del c.p., a garanzia del *favor libertatis*. Compiendo, dunque, un parallelismo tra le diverse discipline previste per la

materia civile e penale, si può sicuramente affermare che le esigenze sottese alla normativa penalistica non sono ravvisabili in ambito civilistico nel quale la posizione di un *reo* non esiste. Secondo la tesi difensiva dall'assicurato, infatti, la posizione del debitore non è equiparabile a quella del *reo* ed, in particolare, rispetto all'istituto della prescrizione, non sarebbe configurabile neanche una posizione attiva e passiva: tanto l'aumento quanto la riduzione del termine prescrizionale operano a vantaggio di una parte e a scapito dell'altra. Prevedere un termine prescrizionale più ampio, infatti, avvantaggia il titolare della posizione creditoria, a scapito di quella debitoria; una riduzione opererebbe in maniera esattamente inversa. Non vi è, cioè, un unico soggetto, ben individuato, la cui posizione potrebbe essere deteriorata.

Sempre seguendo quanto sostenuto dall'assicurato, non si tratterebbe neanche, nel caso di specie, di applicazione retroattiva di una norma sopravvenuta quanto, piuttosto, di applicazione della normativa sopravvenuta ad una fattispecie ancora in essere. In altri termini, l'applicazione della normativa sopravvenuta, che ha aumentato il termine prescrizionale, non sarebbe avvenuta in via retroattiva in quanto non ha comportato il disconoscimento di alcun effetto già verificatosi in quanto la prescrizione più breve, prevista dalla normativa precedente, ancora non era giunta a maturazione.

Il problema di diritto intertemporale, consistente nella applicabilità di un nuovo regime prescrizionale allorché sia ancora pendente il termine di prescrizione previsto dalla normativa previgente, è stato affrontato dalla giurisprudenza soltanto per l'ipotesi in cui la nuova legge disponga termini di prescrizione o decadenza più brevi. Al riguardo si è ritenuto di poter argomentare facendo leva sul disposto dell'art. 252 disp. att. c.c.: tale norma, volta a regolare i problemi di diritto intertemporale a seguito dell'entrata in vigore del Codice Civile, è stata ritenuta espressione di un principio generale secondo cui troverebbe applicazione il nuovo regime prescrizionale purché risulti ancora pendente il termine precedentemente fissato. Così la Corte di Cassazione ha statuito che "in materia di prescrizione e decadenza, l'entrata in vigore di una nuova normativa, che introduce un termine che prima non era previsto, ha efficacia generale, anche per chi si trovava già nella situazione prevista dalla legge per esercitare il diritto ora sottoposto a decadenza, con l'unica differenza – sulla base del disposto dell'art. 252 disp. att. c.c., espressione di un principio generale dell'ordinamento – consistente nella decorrenza del termine dall'entrata in vigore della legge che lo ha introdotto" (Cass. civ., sez. lav., n. 4051/2014).

In altri termini, laddove si assuma che la norma di cui all'art. 252 disp. att. c.c. sia espressione di un principio generale, non vi sarebbe alcuna ragione per la quale detto principio non debba applicarsi anche

<sup>1</sup> Art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale: "La legge non dispone che per l'avvenire. Essa non ha effetto retroattivo".

all'ipotesi in cui la normativa sopravvenuta introduca un termine prescrizionale più ampio.

Le argomentazioni sostenute dall'assicurato e seguite dal Tribunale hanno condotto quest'ultimo ad affermare il principio per cui "se in pendenza del termine prescrizionale di un anno previsto dall'art. 2952, comma 2 c.c. è sopravvenuta la modifica della norma in questione ad opera del D.L. 134/2008 n. 166, tale modifica è certamente applicabile ai termini che in quel momento erano ancora in corso, cioè per i diritti derivanti dal contratto di assicurazione per i quali in quel momento non era ancora maturata la prescrizione, essendo viceversa la modifica legislativa irretroattiva per i soli diritti già prescritti alla data di entrata in vigore del nuovo termine".

Tale conclusione, sulla quale non si rinvenivano precedenti, appare in linea con la *ratio* della normativa sopravvenuta che ha aumentato il termine prescrizionale per i diritti nascenti dal contratto di assicurazione da un anno a due anni. Si ritiene in dottrina<sup>2</sup>, infatti, che laddove il legislatore nulla disponga, le questioni di diritto transitorio vadano risolte risalendo alla *voluntas legis* e domandandosi se, in vista di nuove esigenze sociali, si sia inteso, con la nuova norma, attribuire efficacia immediata alla nuova normativa estendendola, pertanto, ai fatti compiuti sotto il vigore di quella preesistente, oppure limitarne l'applicazione alle sole vicende materiali verificatesi sotto l'impero della nuova disciplina. Se, dunque, nel caso di specie si ritiene che la *voluntas legis* sia stata quella di porre riparo alle difficoltà, per il creditore, di esercitare le proprie pretese in un termine eccessivamente breve, quale quello annuale, è opportuno concludere a favore dell'applicazione della normativa sopravvenuta anche a fattispecie sorte sotto il vigore della precedente disciplina ma non ancora compiute. In questo senso potrebbe, infatti sostenersi che la conclusione cui è giunto il Tribunale di Napoli è coerente con la *ratio* di una norma che vuole agevolare la posizione di chi deve esercitare il diritto e, dunque, del creditore.

Non può sottacersi che il suindicato art. 252 disp. att. c.c., pur statuendo il principio che risulta applicato nella sentenza in questione, fa espresso riferimento ad una ipotesi parzialmente diversa: dispone cioè l'applicazione del termine di prescrizione modificato da normativa sopravvenuta ai diritti ancora non prescritti ma per la ipotesi in cui tale modifica normativa sia consistita in una abbreviazione di tale termine mentre non fa alcun accenno alla opposta ipotesi – che nella specie ci riguarda – in cui tale termine sia stato allungato. Non può sottacersi pertanto qualche dubbio sul ragionamento seguito dal Tribunale di Napoli nella sentenza de qua.

Si potrebbe, infatti, ragionando diversamente, ritenere che l'art. 252 disp. att. c.c. sia norma di *favor* per il debitore, proprio perché consente l'applicazione della normativa sopravvenuta alle prescrizioni ancora in corso qualora questa preveda un termine più breve e, dunque, più vantaggioso per il debitore. Sostenere anche l'ipotesi contraria e, dunque, l'applicabilità della norma sopravvenuta anche laddove preveda un termine più lungo, oltre a non trovare riscontro testuale nell'articolo in questione, potrebbe condurre ad un *favor creditoris* e dunque ad una *ratio* opposta a quella del *favor debitoris*.

Collocandosi dunque in un'ottica diversa da quella seguita nella citata sentenza, potrebbe, quindi, ritenersi che dalla norma in questione non sia ricavabile un principio di ordine generale applicabile cioè tanto all'ipotesi in cui la norma sopravvenuta preveda un termine più breve quanto a quella in cui preveda un termine più lungo, bensì il principio del *favor debitoris* che osterebbe alla sua applicazione in caso di allungamento del termine.

<sup>2</sup> A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015.

Giacomo Romano  
Specializzato in Professioni Legali

## Diritto penale

**Il sequestro preventivo perde efficacia con la sentenza di condanna non definitiva ed i beni devono essere restituiti all'avente diritto.**

### abstract

*The prohibition on imposing a penalty without a finding of liability is a consequence of the principle of legality in criminal law, and likewise flows from Article 7 of the Convention.*

### keywords

*Penalty, confiscation, presumption of innocence*

### abstract

*Il divieto di imporre una sanzione senza un accertamento della responsabilità penale è un conseguenza del principio di legalità nel diritto penale, e discende dall'articolo 7 della CEDU.*

### parole chiave

*Sanzioni, confisca, sequestro, presunzione di non colpevolezza*

La questione affrontata nel presente articolo concerne gli effetti restitutori immediati della sentenza non irrevocabile di condanna che non disponga la confisca dei beni sottoposti a sequestro preventivo. Secondo un tradizionale orientamento del giudice di legittimità<sup>1</sup>, la restituzione dei beni non potrebbe più

<sup>1</sup> Sotto la vigenza dell'abrogato codice di rito, che non prevedeva esplicitamente il sequestro preventivo, la giurisprudenza di questa Corte non aveva assunto una posizione univoca in merito all'individuazione del momento in cui il bene, sequestrato per fini cautelari, dovesse essere restituito all'avente diritto. In alcune decisioni si era affermato il principio che il sequestro potesse essere mantenuto fino alla sentenza definitiva sempreché nel frattempo non fossero venute meno le esigenze cautelari che avevano imposto la sua adozione (Cass. sez. 3, 16 giugno 1988 n. 6982; 26 settembre 1989 n. 12934), fermo restando che dopo la sentenza definitiva la misura cautelare doveva comunque essere revocata (Cass. 5 febbraio 1990 n. 1535, udienza del 19 dicembre 1989). In altre pronunce, invece, si era sottolineato che il bene sequestrato per fini cautelari dovesse essere restituito con la sentenza di primo grado perché in tale data cessa la permanenza (cfr. tra le ultime Cass. sez. 3, 5 febbraio 1990 n. 1534 - udienza del 19 dicembre 1989).

Le disposizioni del nuovo codice di rito hanno precisato meglio la materia distinguendo il sequestro probatorio, detto anche istrut-

essere messa in discussione dopo la sentenza di condanna.

Recentemente, però, il Tribunale del riesame di Catania, con l'ordinanza del 31 maggio 2016 ha affermato il seguente principio di diritto: «Il sequestro preventivo, avente carattere provvisorio e cautelare, non può essere mantenuto dopo la sentenza di condanna se non è stata disposta la confisca. La *ratio legis* dell'art. 323, comma 3, c.p.p., è nel senso di non escludere l'esecutività immediata dei provvedimenti restitutori dei beni vincolati da sequestro preventivo quando si sia in presenza di una sentenza di condanna non definitiva avendo piuttosto condizionato l'efficacia del sequestro alla disposta confisca, così sancendo la piena specularità tra ablazione provvisoria e ablazione giudiziale e postulando l'inefficacia, id est caducazione della prima, laddove non supportata dalla confisca, altro significato non potendo avere, nella sua univoca accezione semantica, il predicato verbale "gli effetti del sequestro permangono" parametrato alla confisca delle cose sequestrate».

torio, da quello preventivo e prevedendo il momento della cessazione del vincolo, sia per il sequestro probatorio (art. 262 c.p.p.) che per quello preventivo (art. 323 c.p.p.).

In proposito l'articolo dianzi citato al comma primo dispone che con la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, ancorché soggetta ad impugnazione, le cose sequestrate devono essere restituite a chi ne abbia diritto, quando non deve essere disposta la confisca a norma dell'art. 240 c.p.

Il provvedimento è immediatamente esecutivo. Il legislatore ha fissato l'immediata esecutività per le sole sentenze di proscioglimento. Per quelle di condanna, invece, il sequestro deve essere mantenuto quando è disposta la confisca (art. 323 c.p.p., comma 3).

Da tale norma, argomentando a contrario, la giurisprudenza ha ritenuto che non si potesse, però, trarre la convinzione che, quando non sia disposta la confisca, il bene dovesse essere comunque restituito anche se la sentenza di condanna non fosse ancora divenuta definitiva, giacché, nelle ipotesi di non definitiva della pronuncia di condanna, subentra la regola generale di cui all'art. 321 c.p.p., comma 3. Questa norma dispone infatti che le cose sequestrate per finalità cautelari debbano essere restituite allorché siano venute meno le esigenze che hanno determinato l'imposizione del vincolo. Quindi, con la sentenza di condanna non definitiva il bene sequestrato per esigenze cautelari può essere restituito solo se alla data della pronuncia della sentenza di condanna non definitiva siano venute meno le esigenze cautelari, altrimenti il vincolo deve essere mantenuto fino alla sentenza definitiva (cfr.: Cass. Sez. 3, 14.12.2007 n. 6462/08).

In primo grado l'imputato veniva condannato per appartenenza ad una associazione mafiosa ed, ai sensi dell'art. 416-bis, comma 7, c.p., veniva ordinata la confisca (obbligatoria) nella quota ideale del 15% delle quote societarie in giudiziale sequestro appartenenti allo stesso, a società in cui questi sia socio ed a società partecipate, in tutto o in parte, da queste ultime, nonché nella stessa misura percentuale, di tutti i beni appartenenti a tutte le società predette.

La Corte di appello di Catania, invece, condannava l'imprenditore anche per altre condotte legate all'apertura di altri centri commerciali gestiti con il clan mafioso e, oltre ad aumentare l'entità della pena inflitta, estendeva la confisca alle quote societarie e ai beni già sottoposti a sequestro preventivo da parte del Gip.

Il Tribunale del riesame di Catania, annullando i decreti di sequestro preventivo, affrontava il punto centrale della controversia legato alla possibilità per il giudice di appello, dopo la sentenza di condanna che ha disposto la confisca ex art. 416-bis, comma 7, c.p., di sequestrare ulteriori e determinati beni in previsione di un provvedimento di confisca, ancor più grave ed obbligatoria, da adottare anche ai sensi dell'art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 (la c.d. confisca allargata disposta in caso di condanna per alcuni reati particolarmente gravi e che ha come oggetto il denaro, i beni o le altre utilità «di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, o alla propria attività economica»).

Il Giudice cautelare affermava che l'estensione della confisca atipica all'85% del residuo patrimonio non confiscato in prime cure vanifica ogni distinzione tra la disciplina della confisca di cui al d.l. 306/1992 e la confisca di prevenzione attribuendo di fatto al giudice dell'esecuzione compiti di accertamento, tipici invece del giudizio di cognizione.

Invero, se si dilata il sequestro anche a beni ulteriori e diversi rispetto a quelli confiscati, la presunzione di illecita accumulazione finisce con lo svincolarsi dall'esito del giudizio di gravame nonché da qualsiasi accertamento preliminare. L'effetto è quello di espandere illegittimamente il prisma delle attribuzioni del giudice dell'esecuzione che opera solo quale giudice della prevenzione; oltre ad essere in contrasto con il principio devolutivo e con divieto di *reformatio in pejus* di cui all'art. 597 c.p.p.

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione, annullava la sentenza della Corte di appello di Catania senza rinvio limitatamente alla confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 poiché il giudizio di primo grado si era concluso senza l'applicazione della confisca, in mancanza dell'impugnazione del pubblico ministero, al giudice di appello non era consentito disporre il sequestro preventivo antimafia. Inoltre la Cassazione annullava con rinvio la confisca ex art.

416-bis, comma 7, c.p. rilevando un *deficit* motivazionale in ordine alla rigorosa dimostrazione del "quantum" confiscabile.

Il giudice del rinvio, così, condannava l'imprenditore, potendo essere disposta secondo la vincolante indicazione del Giudice di legittimità, unicamente la confisca descritta dall'art. 416-bis, comma 7 c.p.

Trattasi della confisca codicistica che, anche alla luce degli approdi cui è giunta di recente la Corte EDU con le sentenze Sud Fondi contro Italia e altri del 20 gennaio 2009<sup>2</sup>, Varvara contro Italia del 29 ottobre 2013 e da ultimo la Corte Costituzionale con sentenza n. 49 del 2015 è permeata da una connotazione repressiva punitiva e come tale presuppone un accertamento giudiziale in punto di elemento soggettivo del reato, dato sul quale ha convenuto anche la giurisprudenza della Cassazione (così tra le altre Cass., sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, Apponi e altri; sez. III, n. 30933, Costanza; sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188). Sottraendo al reo le cose legate al reato da un vincolo pertinenziale si punisce il reo e al contempo si cerca di prevenire la possibilità di un'eventuale futura recidivanza. La *quaestio iuris*, sottesa agli appelli cautelari del P.G. affonda così le sue radici nello statuto dogmaticamente poliedrico della "confisca".

<sup>2</sup> La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, nelle sentenze pronunziate rispettivamente il 30 agosto 2007 ed il 20 gennaio 2009 (ricorso n. 75909/01 proposto contro l'Italia dalla s.r.l. "Sud Fondi" ed altri) – a fronte di una sentenza nazionale che aveva disposto la confisca pur ritenendo insussistente l'elemento soggettivo del reato di lottizzazione abusiva – ha affermato che la confisca già prevista dalla l. n. 47 del 1955, art. 19, ed attualmente collocata tra le "sanzioni penali" dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2 (T.U. sull'edilizia):

- «non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge»;
- è, quindi, una "pena" ai sensi dell'art. 7 della Convenzione e la irrogazione di tale "pena" senza che sia stata stabilita l'esistenza di dolo o colpa dei destinatari di essa, costituisce infrazione dello stesso art. 7, una corretta interpretazione della quale «esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato».

Al riguardo è opportuno ricordare che le nozioni di "reato" (*infraction; criminal offence*) di cui all'art. 7 della CEDU e di "materia penale" (*matiere penale*) di cui al precedente art. 6 risultano oggetto di valutazione autonoma da parte degli organi della Convenzione, al fine di poter prescindere (attraverso l'utilizzazione di parametri sostanziali capaci di cogliere l'intima essenza dell'illecito) dalle peculiarità delle legislazioni degli Stati membri, sì da escludere una frammentazione su scala nazionale dei termini e dei concetti utilizzati all'interno della Convenzione.

L'ambito applicativo dell'art. 7 della CEDU si estende ben al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come "penali" in base al diritto interno, finendo per ricomprendere tutte le norme e tutte le misure considerate "intrinsecamente penali" in base alla concezione autonomista accolta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, lasciando comunque alla discrezionalità degli Stati membri la soluzione del problema relativo alla individuazione delle fonti penali legittime e concentrando la propria attenzione sugli aspetti sostanziali della legge e sulle garanzie che da essi derivano.

Come non ha mancato di osservare qualificata dottrina, il termine “confisca” è necessariamente plurale ed affidato a declinazioni sempre più eterogenee e peculiari (confisca *ex art.* 416, comma 7, c.p.; confisca per equivalente, confisca di prevenzione, *ex art.* 12-*sexies*, l. n. 356 del 1992; confisca *ex art.* 19 d. lgs. n. 231 del 2001, confisca del codice della strada).

Così, la Corte di Appello di Catania, dopo la sentenza della Suprema Corte, revocava i decreti di sequestro preventivo emessi dalla stessa limitatamente ai beni e alle quote societarie intestati a soggetti diversi dall'imprenditore, disponendone l'immediata restituzione agli aventi diritto. Con la stessa ordinanza veniva differita l'esecutività dell'ordine di restituzione e delle quote societarie intestate all'imputato, di cui alla sentenza della Corte di appello di Catania, da ultimo pronunciata al momento del passaggio in giudicato della sentenza.

Sia la Procura Generale che la difesa dell'imputato proponevano tempestivo gravame. La Procura Generale sosteneva in particolare, 1) la violazione di legge in relazione al dettato di cui all'art. 323, comma 3, c.p.p. che nell'ipotesi di sentenza non irrevocabile di condanna, precluderebbe l'esecutività immediata dei provvedimenti restitutori dei beni sottoposti a sequestro preventivo, anche laddove non ne sia disposta la confisca, salvo che le esigenze cautelari del vincolo non siano cessate; 2) che l'ordinanza restitutoria sarebbe stata emessa in violazione del giudicato cautelare in quanto il Tribunale del riesame catanese aveva rigettato l'appello proposto dall'imputato avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di restituzione dei beni proposta a seguito della suindicata sentenza della Cassazione di annullamento parziale della sentenza di appello senza rinvio quanto alla confisca *ex art.* 12-*sexies* d.l. 306/1992 e con rinvio quanto alla confisca *ex art.* 416-*bis*, comma 7, c.p.

Il Tribunale del riesame ha rigettato il ricorso della Procura Generale ritenendo che l'unica confisca selezionabile e, poi selezionata dal giudice di merito, è stata quella di cui all'art. 416-*bis*, comma 7, c.p. speculare all'archetipo codicistico di cui all'art. 240 c.p. In tal senso, era chiaro e cogente l'ammonimento del giudice di legittimità che ha “scartato” del tutto l'applicabilità del sequestro preventivo in funzione della confisca allargata di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 3016 del 1992 nei confronti dei terzi estranei alla commissione del reato, così caducando tale sequestro essendo la relativa statuizione di annullamento senza rinvio.

Dunque, per quanto attiene alle ordinanze restitutorie in favore dei “terzi non condannati” non può farsi questione né di violazione di legge, né di giudicato cautelare essendo l'effetto restitutorio congruo e coerente all'indicazione della pronuncia rescindente (perimetrando la confisca ai beni del condannato legati da nesso di pertinenzialità ai fatti giudicati e all'esito del processo *ad personam*).

I giudici del Riesame hanno ritenuto inconferente anche il richiamo alla preclusione del giudicato cautelare stante l'evidente recessività, rispetto alla pronuncia emessa in sede di rinvio, delle pronunce della fase camerale incidentale, mutilata, quanto agli esiti decisori, da ontologica provvisorietà e comunque, relativamente ai terzi non condannati, soverchiata dalle pronunce del Giudice di legittimità e del giudice di rinvio.

Il Tribunale del riesame ha invece accolto il ricorso dell'imprenditore nella parte in cui deduceva la violazione di legge, ai sensi dell'art. 323 c.p.p., dell'ordinanza della Corte di appello di Catania di rigetto dell'istanza di restituzione di beni di pertinenza dell'imprenditore non soggetti a confisca.

Il tema devoluto è, pertanto, quello dell'idoneità di una sentenza di condanna non ancora divenuta irrevocabile a determinare l'immediata esecutività dei provvedimenti restitutori ivi contenuti conseguenti alla mancata confisca di taluni dei beni oggetto di un sequestro preventivo prodromico ad una confisca *ex art.* 416-*bis*, comma 7, c.p.

L'esegesi dell'art. 323 c.p.p., peraltro, intitolato “Perdita di efficacia del sequestro preventivo” ha dato luogo ad un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo l'orientamento sotteso alla statuizione della Corte di appello si è precisato che in tema di misure cautelari reali quando sia intervenuta una sentenza non irrevocabile di condanna deve escludersi l'esecutività immediata dei provvedimenti restitutori dei beni sottoposti a sequestro preventivo anche nell'ipotesi in cui non ne sia stata disposta la confisca, salvo che le esigenze cautelari giustificative del vincolo siano cessate<sup>3</sup>.

Secondo tale orientamento, non si può trarre dalla norma di cui all'art. 323 c.p.p., comma 3, la convinzione che, quando non sia disposta la confisca, il bene debba essere comunque restituito anche se la sentenza di condanna non è ancora definitiva, giacché, nelle ipotesi di non definitività della pronuncia di condanna, subentra la regola generale di cui all'art. 321 c.p.p., comma 3.

Questa norma dispone infatti che le cose sequestrate per finalità cautelari debbano essere restituite allorché siano venute meno le esigenze che hanno determinato l'imposizione del vincolo. Quindi con la sentenza di condanna non definitiva il bene sequestrato per esigenze cautelari può essere restituito solo se alla data della pronuncia della sentenza di condanna

<sup>3</sup> Secondo tale orientamento, il disposto dell'art. 323 co. 3 c.p.p. (sentenza irrevocabile di condanna) deve essere pur sempre correlato alla regola generale dettata dall'art. 321 co. 3 c.p.p., che impone in ogni caso il previo accertamento della persistenza delle esigenze di cautela reale fondanti il vincolo genetico disposto, per finalità social-preventive (appunto cautelari), sui beni dell'avente diritto alla loro restituzione (cfr.: Cass. Sez. 3, 14.12.2007 n. 6462/08, Oriente; Cass. Sez. II, 8.10.2010 n. 39247, Gaias).



non definitiva siano venute meno le esigenze cautelari, altrimenti il vincolo deve essere mantenuto fino alla sentenza definitiva.

Secondo altro orientamento, il sequestro preventivo ha, per sua natura, carattere provvisorio e cautelare: non può quindi essere mantenuto dopo la sentenza di condanna perché il provvedimento perde efficacia con la pronuncia della suddetta decisione<sup>4</sup>.

Ciò premesso giova richiamare il contenuto dell'art. 323 c.p.p., commi 3 e 4, che testualmente dispone: «se è pronunciata sentenza di condanna gli effetti del sequestro permangono quando è stata disposta la confisca delle cose sequestrate. La restituzione non è ordinata se il giudice dispone, a richiesta del pubblico ministero o della parte civile, che sulle cose appartenenti all'imputato o al responsabile civile sia mantenuto il sequestro a garanzia dei crediti indicati nell'art. 316».

La portata della norma è chiara nella parte in cui consente il mantenimento del sequestro solo in caso di confisca, non potendo più essere apprezzata la persistenza delle ragioni cautelari di cui all'art. 321 c.p.p., comma 1, che ne avevano giustificato l'emissione.

Il dato testuale è altrettanto chiaro nella parte in cui subordina il mantenimento del sequestro preventivo alla disposta confisca delle cose sequestrate e non più alle esigenze cautelari di cui all'art. 321 c.p.p., comma 1, e, così come rettammente dedotto dalla difesa, una diversa interpretazione implicherebbe un inutile sacrificio, in caso di beni non confiscati, dilazionandone l'inevitabile restituzione al passaggio in giudicato della sentenza.

Parimenti nitida è l'eccezione della sopravvivenza del vincolo cautelare reale se trasformato, a richiesta del pubblico ministero o della parte civile, in sequestro conservativo come tale strumentale a garantire i crediti erariali indicati nell'art. 316.

Diversamente da quanto argomentato dalla Corte di Appello il legislatore non ha, d'altronde, escluso, in modo espresso, l'esecutività immediata dei provvedimenti restitutori dei beni vincolati da sequestro preventivo quando si sia in presenza di una sentenza di condanna non definitiva avendo piuttosto espressamente condizionato l'efficacia dei sequestro alla disposta confisca, così sancendo la piena specularità tra ablazione provvisoria e ablazione giudiziale e postulando l'inefficacia, *id est* caducazione della prima,

<sup>4</sup> La Suprema Corte, del resto, ha sempre affermato che il sequestro preventivo ha, per sua natura e finalità, carattere provvisorio e cautelare e non può quindi essere mantenuto dopo la sentenza di condanna, sia perché questa interrompe la permanenza, che caratterizza i suddetti illeciti; sia perché la eventuale reiterazione della condotta vietata dà luogo ad altra ipotesi di reato; sia perché il provvedimento perde efficacia con la pronuncia della suddetta decisione (Sez. 3, n. 8444 del 16/07/1993, D'Antuono, Rv. 194985; Sez. 3, n. 476, del 11/02/1997, Di Bari, Rv. 207341; Sez. 3, n. 38 del 14/11/2002, Ammaturo, Rv. 222876; Sez. 3, n. 3633 del 15/12/2010, Chiappetta, Rv. 249156).

laddove non supportata dalla confisca, altro significato non potendo avere, nella sua univoca accezione semantica, il predicato verbale «*gli effetti del sequestro permangono*» – parametrato alla confisca delle cose sequestrate.

Pertanto, tale principio fonda sul duplice rilievo che: a) il dato testuale è chiaro nella parte in cui subordina il mantenimento del sequestro preventivo alla disposta confisca delle cose sequestrate e non più alle esigenze cautelari di cui all'art. 321 c.p.p., comma 1; b) costituirebbe un inutile sacrificio, in caso di beni non confiscabili nemmeno in astratto, dilazionarne l'inevitabile restituzione al passaggio in giudicato della sentenza.

Infatti, le volte in cui si è sostenuto la non immediata esecutività dei provvedimenti restitutori in caso di sentenza di condanna con la quale non è stata disposta la confisca, i beni sequestrati erano potenzialmente assoggettabili a confisca, soprattutto nei casi in cui l'omessa confisca è stata oggetto di impugnazione (Cass., sez. II, n. 5380 del 10 gennaio 2015, Puruficato).

Tale interpretazione è quella che si concilia meglio con gli approdi cui è giunta la Corte europea dei diritti dell'uomo che nelle sentenze Sud Fondi contro Italia del 20 gennaio 2009 e Varvara contro Italia del 29 ottobre 2013 nei quali i giudici di Strasburgo aderiscono ad una concezione “sostanziale” di sanzione penale (quella avente connotazione repressiva e punitiva e come tale presuppone un accertamento anche sull'elemento psicologico del reato).

Nel caso Varvara, la Corte EDU, dopo aver preso atto che la confisca era stata disposta in ragione dell'oggettivo contrasto del piano di lottizzazione con la normativa urbanistica (paragrafo 22), e nonostante il reato fosse stato dichiarato estinto per prescrizione, ha concluso che l'applicazione al ricorrente di una “sanzione penale”, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con il principio di legalità enunciato dall'art. 7 della CEDU (paragrafo 72). Questa disposizione infatti non si concilierebbe con la punizione di un imputato, il cui processo non si è concluso con una condanna (paragrafo 61).

Che sia proprio l'accertamento di responsabilità a premere al giudice europeo è ben argomentabile sulla base sia del testo, sia del tenore logico della motivazione svolta con la pronuncia Varvara. Qui si sottolinea, infatti, che l'art. 7 della CEDU esige una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato (paragrafo 71), poiché non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale (paragrafo 69). Non è in definitiva concepibile un sistema che punisca coloro che non sono responsabili (paragrafo 66), in quanto non dichiarati tali con una sentenza di colpevolezza (paragrafo 67).

Simili espressioni, linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti.

Si tratta quindi non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento. La stessa Corte di Strasburgo, pronunciandosi in altra occasione sulla compatibilità con la presunzione di non colpevolezza di una condanna alle spese adottata nonostante la prescrizione del reato, ha infatti escluso di poter decidere la controversia sulla base della sola natura in rito della sentenza adottata dal giudice nazionale, senza invece valutare come quest'ultimo avesse motivato in concreto (sentenza 25 marzo 1983, Minelli contro Svizzera).

In estrema sintesi, per poter disporre legittimamente la confisca avente funzione di pena ai sensi dell'art. 7 CEDU è necessario il pronunciamento di un giudice che abbia «sostanza di condanna».

Il tribunale del Riesame conclude affermando che mantenere, come nel nostro caso, l'ablazione di beni non confiscati perché non avvinti da nesso di pertinenzialità al reato per cui vi è stata condanna e come tali non costituenti «il prezzo, il prodotto, il profitto o l'impiego del reato» (come recita il comma 7 dell'art. 416-bis c.p.) implica un'ingiustificata e illimitata compressione del diritto di proprietà, pena per violazione sia dell'art. 7 CEDU sia dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione, così creando i presupposti per un congelamento di quanto in sequestro non giustificato dal collegamento ad una condotta per cui vi sia stato accertamento di colpevolezza.

Anche perché, di recente, la Corte europea ha affermato che il sequestro preventivo, finalizzato ad una confisca (per equivalente nella fattispecie), nell'ambito di un processo penale, è lecito se, oltre ad avere una base legale, risponde ad un interesse pubblico e rispetta un giusto equilibrio tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito dalle misure applicate dallo Stato, comprese queste restrizioni.

Nell'ambito di procedimenti giudiziari, come quello penale del nostro caso, le restrizioni al diritto di proprietà, come sinora esplicito, sono lecite: costituiscono un controllo del suo uso, impedendo la vendita, la locazione, il trasferimento dei beni sequestrati/confiscati rispettando l'art. 1 protocollo 1 §.2 CEDU, perché sono misure provvisorie sancite da una legge per perseguire uno scopo legittimo «nell'interesse generale». La loro liceità viene meno se non è rispettata anche una di queste condizioni e soprattutto se non c'è proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il legittimo scopo perseguito: ci deve essere un giusto equilibrio tra l'interesse collettivo e la tutela dei diritti fondamentali dell'interessato (Herrmann c. Germania [GC] del

26/1/12), viste le pesanti ripercussioni che queste misure possono avere sull'eventuale sua attività commerciale, come nella fattispecie (Raimondo c. Italia del 22 febbraio 1994 e JGK Statyba Ltd e Guselnikovas c. Lituania del 5 novembre 2013).

Affinché l'impatto sul diritto di proprietà non sia arbitrario ed/od imprevedibile, stante i suddetti possibili danni economici è necessario valutare correttamente l'entità del provento illecito e quello dei beni confiscati o sottoposti a sequestro in vista di una confisca: gli importi devono essere identici. Questi valori si ricavano dal mercato interno o da informazioni note al pubblico.

La Corte EDU ha ritenuto arbitrario: il sequestro dell'intero patrimonio, per un importo palesemente spropositato sia nei confronti della somma confiscata che della reale stima dei frutti illeciti; il sequestro non relativo ai proventi da reato, ma volto a garantire l'esecuzione di una possibile confisca ordinata al termine di un processo penale in deroga a dette norme; prolungare la durata del sequestro senza valutare se il valore dei beni congelati fosse corrispondente a quello di un'eventuale confisca (CEDU, sez. II nel caso Džinić c. Croazia del 17 maggio 2016).

Anche sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità l'interpretazione seguita dal tribunale del Riesame di Catania appare, dunque, da condividere.

## Diritto amministrativo

### Le Fondazioni lirico-sinfoniche alla luce della legge n. 160/2016: un passo verso la privatizzazione sostanziale?

#### abstract

*The new organization of Theatre foundations, without funding from the Government, introduced by law n. 160/2016 apparently makes another step toward the real privatization of Theatre foundations, causing a concrete danger for their survival.*

#### keywords

*Reform of musical branch – Theatre foundations – Public funding.*

#### abstract

*La nuova riorganizzazione senza oneri per lo Stato delle Fondazioni lirico-sinfoniche, delineata dalla legge n. 160/2016, sembra compiere un passo in avanti verso la privatizzazione sostanziale degli enti lirici, mettendone in serio pericolo la sopravvivenza.*

#### parole chiave

*Riforma del settore musicale – Fondazioni lirico-sinfoniche – Finanziamenti pubblici.*

Il focus trae spunto dalle recenti novità legislative in materia di Fondazioni lirico-sinfoniche.

La legge 7 agosto 2016, n. 160<sup>1</sup> – di conversione del d.l. n. 113/2016, recante misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio – ha rimodulato l'ordinamento e il funzionamento degli enti che incarnano la tradizione lirica italiana, incidendo in particolar modo sul testo dell'art. 24<sup>2</sup> del decreto convertito. La riorganizzazione dell'assetto delle Fondazioni liriche – ad opera di una riforma tanto attesa che interviene sul settore spettacolistico, complesso quanto giuridicamente stratificato – sembra aprire scenari

<sup>1</sup> Legge 7 agosto 2016, n. 160, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, recante misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio", pubblicata sulla G.U. n. 194 del 20 agosto 2016, in vigore dal 21 agosto 2016.

<sup>2</sup> L'articolo 24 del d.l. n. 113/2016, collocato nel Capo V (Norme in materia di attività culturali), è rubricato "Misure urgenti per il patrimonio e le attività culturali".

interessanti sul futuro degli Enti lirici, con ripercussioni di non poco momento sullo *status* giuridico e sul funzionamento dei medesimi.

Prima di esaminare il dettato dell'intervento legislativo e di apprezzare la portata giuridica delle novità recentemente introdotte in materia, sembra doverosa una breve premessa sull'evoluzione storico-normativa delle Fondazioni lirico-sinfoniche, che affondano le proprie radici nell'affascinante storia dei grandi Teatri regi italiani, come il Teatro San Carlo di Napoli.

Attualmente, si contano quattordici Enti lirici<sup>3</sup>, concentrati per la maggior parte nell'area nord del Paese<sup>4</sup>. Con riguardo al modello di gestione di tali Teatri, aspetto che qui rileva, l'originario paradigma di stampo prettamente privatistico si è dapprima evoluto verso un modello pubblicistico – nel tentativo di individuare nuovi canali di finanziamento – e successivamente, tramite un lento processo di privatizzazione, è approdato alla trasformazione degli Enti lirico-sinfonici in Fondazioni di diritto privato: trasformazione che, come si dirà di qui a breve, non ha inciso sostanzialmente sullo *status* giuridico di tali enti, trattandosi piuttosto di una semi-privatizzazione<sup>5</sup>.

Da sempre lo Stato ha prestato attenzione al mondo dello spettacolo, ed in particolar modo al repertorio lirico italiano<sup>6</sup>. Se nell'era fascista tale attenzione

<sup>3</sup> Definiti come "grandi macchine pubbliche con personale fisso: dall'orchestra al coro, dal corpo di ballo agli amministrativi, dai macchinisti ai truccatori" (LIDIA BARATTA, SARA BANFI) assorbono più della metà del Fondo unico dello Spettacolo, di cui si dirà a breve, per far fronte ai propri costi di gestione, consistenti per almeno il 70% negli stipendi dei seimila e più dipendenti delle Fondazioni liriche (A. MATTIOLI).

<sup>4</sup> Il Teatro Regio di Torino, il Teatro alla Scala di Milano e il Teatro comunale dell'Opera di Genova, a nord-ovest; il Teatro comunale Giuseppe Verdi di Trieste, il Teatro comunale di Bologna, la Fenice di Venezia e l'Arena di Verona, a nord-est; il Teatro dell'Opera di Roma, l'Accademia di Santa Cecilia di Roma e il Teatro comunale di Firenze, al centro; il Teatro San Carlo di Napoli e la Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari, al sud; il Teatro Massimo di Palermo e l'Istituzione dei concerti e del Teatro lirico Giovanni Pierluigi da Palestrina di Cagliari, nelle isole.

<sup>5</sup> VINCENZO CERULLI IRELLI, "Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica", in *Aedon*, n. 3/2012.

<sup>6</sup> Stante il largo dominio di quest'ultimo in tutti i teatri del mondo per il richiamo esercitato dall'arte del "belcanto" e la grande importanza della produzione concertistica e teatrale italiana.

era strettamente legata ad esigenze di propaganda e di controllo sulla società ed era dunque finalizzata ad un forte intervento statale sull'intera produzione culturale, agli anni Venti del Novecento risalgono anche i primi provvedimenti aventi ad oggetto un vero e proprio sostegno finanziario dei Teatri che stabilivano le condizioni per poter accedere ai finanziamenti pubblici da parte degli Enti lirici.

Parte degli introiti statali veniva, pertanto, devoluta in favore di tali enti, ma le forme di finanziamento si rivelarono ben presto inadeguate, passandosi dal lento fallimento del meccanismo del gettito erariale all'affermazione dello strumento del contributo.

Il primo provvedimento di riorganizzazione della previgente disordinata ed eterogenea legislazione in materia di contributi pubblici in favore degli Enti lirici fu la legge n. 800/1967<sup>7</sup>, c.d. Corona, che, nel fornire una fotografia istituzionale del settore lirico-musicale del Paese, disciplinava l'attività degli Enti lirici e delle Istituzioni concertistico-orchestrale. Nel riconfermare lo *status* giuridico di Enti lirici autonomi precedentemente istituito con d.l. n. 438/1936<sup>8</sup>, la legge, all'art. 5, attribuiva agli Enti lirico-sinfonici personalità giuridica di diritto pubblico e conferiva alle Istituzioni concertistiche lo *status* di Istituzioni concertistiche assimilate ai primi, sottoponendone la vigilanza all'allora Ministero del Turismo e dello Spettacolo<sup>9</sup>.

L'intervento legislativo disciplinava la natura giuridica, le finalità, gli organi e il loro funzionamento, le entrate e i bilanci, lo statuto ed il regolamento organico degli Enti, nonché i programmi di attività e il loro sovvenzionamento. Dettava, inoltre, disposizioni per i Teatri di tradizione e le Istituzioni concertistico-orchestrale i quali, pur non essendo enti autonomi, potevano avere accesso ai contributi statali a condizione che fossero riconosciuti dalla legge ovvero da un successivo provvedimento ministeriale. Promuovendo fini di interesse generale – quali la diffusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività – i suddetti Enti, senza scopo di lucro, provvedevano direttamente alla gestione dei Teatri, mentre allo Stato residuavano le funzioni di indirizzo, vigilanza e controllo.

Attesa la natura pubblica degli Enti lirici, il 90% delle loro entrate era costituito da finanziamenti pubblici: la legge operava una classificazione degli enti in

ordine di dimensioni, e dunque di importanza, da cui dipendeva l'ammontare<sup>10</sup> dei contributi pubblici spettante ai medesimi. Tuttavia, ad onta della previsione per gli Enti di vincoli di spesa e del rispetto dei *budgets*, fin da subito il finanziamento statale risultò inappropriato a soddisfare le esigenze economiche del settore. Successivamente alla legge Corona, per quasi un ventennio, furono poste in essere norme di carattere straordinario e non strutturale, in quanto l'intervento statale nel settore musicale rivestì il carattere dell'urgenza.

Solo con la legge n. 163 del 1985<sup>11</sup> si diede luogo ad un intervento legislativo di grande portata: l'intervento normativo istituiva il Fondo Unico dello Spettacolo (d'ora in avanti F.u.s.), ripartito tra le attività musicali, la danza, la prosa, il cinema, le attività circensi e lo spettacolo viaggiante. Assegnato in origine per la durata di un triennio (1985-87), il F.u.s. doveva essere erogato annualmente ai diversi settori sulla base delle percentuali stabilite nella stessa legge istitutiva, in modo tale che la certezza dell'entità del finanziamento garantisse una certa progettualità agli operatori dello spettacolo. Tuttavia, trascorso il primo triennio, fu stanziato di anno in anno con il conseguente abbandono di quella programmaticità di risorse che aveva ispirato la nascita della legge e finì per non rappresentare mai una garanzia economica. Il depauperamento di valore reale del fondo continuò inesorabilmente negli anni Ottanta e Novanta a causa degli altissimi costi che gli Enti lirici sopportavano per lo svolgimento dell'attività musicale: non solo il fondo non venne incrementato annualmente, ma vide numerosi tagli attestandosi anzi, nel 2010, ad un valore del 50% inferiore rispetto a quello originario del 1985.

In tale contesto di cronica emergenza, in cui lo Stato si trovava nella spiacevole condizione di dover continuare a finanziare gli Enti lirici, seguendo il più ampio orientamento alla privatizzazione del pubblico impiego, il legislatore decise di “depubblicizzare” gli enti disciplinati dalla legge Corona, trasformandoli in Fondazioni di diritto privato.

Il lento e complesso *iter* di privatizzazione venne avviato con la legge n. 203/1995<sup>12</sup> che introduceva la definizione di “Enti di prioritario interesse nazionale”, dicitura che inglobava gli Enti lirici, quali soggetti meritevoli di tutela da parte dello Stato in quanto promotori della cultura.

Successivamente, con il d.lgs. n. 367/1996<sup>13</sup>, c.d.

<sup>7</sup> Legge n. 800 del 1967, “Nuovo ordinamento degli Enti lirici e delle attività musicali”, c.d. Corona dal nome del ministro proponente, il socialista Achille Corona.

<sup>8</sup> “Conversione in legge del r.d.l. 3 febbraio 1936-XIV, n. 438, contenente norme per la disciplina degli enti lirici e delle stagioni liriche gestite dai comuni e dagli enti autonomi”.

<sup>9</sup> La legge contemplava, poi, dei riconoscimenti specifici per taluni Enti: l'ultimo comma dell'art. 6 riconosceva al Teatro dell'Opera di Roma una particolare considerazione per la funzione di rappresentanza svolta nella sede della capitale dello Stato; a seguire, l'art. 7 attribuiva al Teatro alla Scala di Milano la valenza di Ente di particolare interesse nazionale nel campo musicale.

<sup>10</sup> Ammontare svincolato dal gettito erariale e stabilito in una cifra fissa annua di 12 miliardi.

<sup>11</sup> Legge 163/1985 intitolata “Nuova disciplina dello Stato a favore dello Spettacolo”, G.U. n. 104 del 4 maggio 1985.

<sup>12</sup> Legge 30 maggio 1995, n. 203 (G.U. 30 maggio 1995, n. 124), “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 marzo 1995, n. 97, recante riordino delle funzioni in materia di turismo, spettacolo e sport”.

<sup>13</sup> D.lgs. 367/1996 (“Disposizioni per la trasformazione degli Enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato”)

decreto Veltroni, si realizzò un nuovo modello di finanziamento che mirava ad unire l'intervento dello Stato con quello delle Regioni, dei Comuni e dei soggetti privati. L'intervento legislativo all'art. 3, comma 1, predeterminava e delineava i fini delle Fondazioni liriche consistenti nella "diffusione dell'arte, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività", disponendo al comma 2 che le Fondazioni provvedessero "direttamente alla gestione dei teatri loro affidati, conservandone il patrimonio storico-culturale" e realizzassero "anche in sedi diverse, nel territorio nazionale e all'estero, spettacoli lirici, di balletto e concerti". Operando secondo i criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto dei vincoli di bilancio, le Fondazioni potevano altresì svolgere "attività commerciali ed accessorie", ovvero "le attività poste in essere in diretta connessione con le attività istituzionali o quale loro strumento di finanziamento" (art. 25, comma 5).

Come per le Fondazioni bancarie ed universitarie, il legislatore sceglieva per tali enti il modello di "fondazione di partecipazione"<sup>14</sup>, più appropriato a contemperare la caratteristiche fondamentali delle Fondazioni con quelle degli enti associativi.

Con riguardo alle norme in materia di ordinamento ed amministrazione delle Fondazioni<sup>15</sup>, il decreto Veltroni dettava prescrizioni generali che dovevano essere integrate da parte degli enti tramite i propri statuti: la scelta di fondo del decreto consisteva, infatti, nel conservare il più possibile l'autonomia statutaria caratterizzante il modello della Fondazione di diritto comune, consentendo a ciascun ente di scegliere in autonomia l'organizzazione più appropriata in funzione delle proprie caratteristiche. Tramite la scelta delle Fondazioni, il legislatore delegato intendeva perseguire la duplice finalità di: affrancare il settore lirico-sin-

fonico dalle regole pubblicistiche, con particolare riguardo alla disciplina contabile e finanziaria in maniera da snellire il complesso di regole poste a presidio dell'attività svolta, e di favorire il c.d. partenariato tra pubblico e privato, al fine di realizzare una stretta collaborazione tra di essi attraendo finanziamenti privati verso iniziative pubbliche.

Ciò in quanto, nel progetto iniziale del decreto, la trasformazione degli Enti lirici in Fondazioni lirico-sinfoniche era subordinata all'ingresso di finanziatori privati: ingresso che sarebbe dovuto avvenire entro la fine dell'anno 1999. Tuttavia, deludendo le aspettative degli operatori del settore e gli auspici in tal senso, l'apporto dei capitali privati non si concretizzò, se non in maniera marginale<sup>16</sup>.

L'ultimo passo della riforma venne attuato con la trasformazione degli Enti lirico-sinfonici in Fondazioni di diritto privato tramite il d.lgs. n. 134/1998<sup>17</sup>: l'art. 1 del decreto del 1998 prevedeva che dalla data di entrata in vigore dello stesso, gli Enti autonomi lirici e le Istituzioni concertistiche assimilate fossero trasformati in Fondazioni, acquisendo personalità giuridica di diritto privato ed optando, pertanto, per una trasformazione *ope legis* che prescindesse da qualsiasi manifestazione di volontà da parte degli organi interni dell'ente. L'intervento si rendeva necessario in quanto per ben dodici, dei tredici<sup>18</sup> enti lirici, la collaborazione finanziaria tra pubblico e privato cercata dal legislatore – quale soluzione intermedia ed equilibrata fra l'insostenibilità del sistema di quasi totale copertura pubblica ed un ridimensionamento dell'impegno statale attraverso la partecipazione dei privati – non si era realizzata: tolta l'importante eccezione della Scala di Milano<sup>19</sup>, il seggio riservato al privato nei Consigli di

in attuazione della delega conferita al Governo dalla Legge del 1995.

<sup>14</sup> Un modello che, prendendo atto per un verso dell'impossibilità di ricorrere a schemi lucrativi, e per altro verso dell'incapacità del patrimonio disponibile di fornire rendimenti o ricavi sufficienti per l'attività richiesta – ovvero dell'impossibilità di usare lo schema tradizionale della fondazione – cercava di coniugare i vantaggi dell'accumulazione e della prevalenza patrimoniale, della stabilità e dell'amministrazione, tipici della fondazione, con quelli della continua fornitura di risorse economiche e personali, tipici dell'associazione. Per un'ampia panoramica sull'argomento vedasi: DI DIEGO, "La fondazione di partecipazione: un patrimonio di destinazione a struttura aperta", 2005, 99.

<sup>15</sup> Così, l'art. 10, secondo comma, del d.lgs. in esame disponeva, appunto, che fosse lo Statuto di ciascun Ente a determinare "la composizione, le competenze e i poteri degli organi della fondazione", garantendo "l'autonomia degli organi della fondazione, i componenti dei quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né ad essi rispondono" (art. 10, primo comma). L'organizzazione interna delle Fondazioni, come delineata dalla riforma del 1996, ricalcava quella precedentemente accennata degli Enti lirici, articolandosi in quattro organi: il Presidente (art. 11); il Consiglio di amministrazione (art. 12); il Sovrintendente (art.13); il Collegio dei revisori (art.14).

<sup>16</sup> Com'è stato più volte accennato, l'attuazione del c.d. decreto Veltroni con specifico riguardo all'obiettivo di favorire la partecipazione dei soggetti privati si rivelò, purtroppo, alquanto deludente. Secondo un'analisi di A. SERRA, le ragioni che avrebbero causato il disinteresse dei privati vanno ricercate essenzialmente in quattro fattori, ovvero: nell'uniformità della soluzione adottata; nella semplicistica distinzione pubblico-privato; nella mancanza di vantaggi, soprattutto fiscali, per le imprese; nell'entità dell'impegno finanziario a cui i privati venivano invitati.

<sup>17</sup> "Trasformazione in Fondazione degli Enti lirici e delle Istituzioni concertistiche assimilate, a norma dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 15 marzo 1997, n. 59".

<sup>18</sup> Il quattordicesimo Ente lirico è stato istituito con legge 11 novembre 2003, n. 310, intitolata "Costituzione della «Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari», con sede in Bari, nonché disposizioni in materia di pubblici spettacoli, fondazioni lirico-sinfoniche e attività culturali", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 267 del 17.11.2003.

<sup>19</sup> Sul punto occorre dire che l'origine della riforma che ha portato alla privatizzazione degli Enti lirici va ricercata nell'iniziativa della Scala di Milano di individuare una terza strada per il finanziamento dei Teatri lirici: terza rispetto ad un tipo di finanziamento pubblico, contemplato da Paesi come Francia e Germania, e privato, previsto nei Paesi anglosassoni. Com'è stato acutamente osservato in dottrina (G. ENDRICI, "Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi",

amministrazione restava vuoto, vedendo praticamente inattuata la precedente normativa.

Tuttavia, con sentenza n. 503 del 2000 la Corte Costituzionale, accogliendo le istanze di incostituzionalità avanzate dalle Regioni Piemonte e Lombardia, dichiarava illegittimo per eccesso di delega il decreto legislativo n. 134 del 1998<sup>20</sup>.

A questo punto, dato che nelle more – ovvero successivamente all'entrata in vigore del decreto che poi sarebbe stato dichiarato incostituzionale – altre sette Fondazioni<sup>21</sup> avevano conseguito la partecipazione dei finanziatori privati, per “salvaguardare gli assetti istituzionali ed i rapporti giuridici in atto” il Governo provvide ad emanare, pochi giorni dopo la sentenza della Consulta, il decreto legge n. 345, poi convertito nella legge n. 6 del 2001<sup>22</sup>, che reiterava sostanzialmente il contenuto del decreto del 1998.

L'intervento legislativo ribadiva ed integrava gli obiettivi del decreto Veltroni, ovvero: la diffusione dell'arte musicale; l'obbligatorietà della trasformazione in Fondazione; lo snellimento dell'organizzazione degli Enti e il rafforzamento dei poteri del sovrintendente e del Cda; la privatizzazione del rapporto di lavoro; l'attrazione di contributi privati a fronte della riduzione del contributo statale; l'incremento dell'attività a reddito per migliorare l'autosostenibilità finanziaria e la promozione di una programmazione artistica pluriennale. Nulla mutava, invece, con riguardo alla composizione del Consiglio di amministrazione con lo Stato, la Regione e il Comune nelle vesti di soci fondatori<sup>23</sup>; all'autonomia statutaria delle singole Fondazioni; al controllo della gestione finanziaria delle istituzioni in capo alla Corte dei Conti, non essendo venuto meno il presupposto della sovvenzione statale ordinaria alle Fondazioni stesse.

Successivamente, la legge Urbani n. 128/2004<sup>24</sup>

in Aedon, n. 1/2001), il passaggio può essere anche letto come uno stimolo per sollecitare l'assunzione di maggiori responsabilità da parte del territorio locale, quasi a voler anticipare, sia pure di poco, la successiva riforma costituzionale del 2001.

<sup>20</sup> Le ricorrenti tacciavano il Governo di un tentativo di “statalizzazione del settore musicale” nel rimettere all'arbitraria decisione dello Stato l'individuazione degli enti da trasformare, tra cui anche quelli di mero interesse regionale o locale.

<sup>21</sup> Il Regio di Torino, il Carlo Felice di Genova, il Comunale di Bologna, la Fenice di Venezia, l'Arena di Verona, il Maggio di Firenze e il Verdi di Trieste; mentre il Teatro dell'Opera di Roma, l'Accademia di S. Cecilia, il San Carlo di Napoli, il Massimo di Palermo, l'Istituzione Palestrina di Cagliari hanno veste di Fondazioni ma senza partecipazione di privati.

<sup>22</sup> Legge 26 gennaio 2001, n. 6 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 345, recante disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche”, G.U. n. 21 del 26 gennaio 2001.

<sup>23</sup> Rappresentati, in ogni caso, con almeno un consigliere ciascuno e un rappresentante per i privati, presenti oltre il 12%.

<sup>24</sup> Legge n. 128 del 21 maggio 2004, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo, G.U. n.119 del 22 maggio 2004.

introduceva qualche novità: la legge disponeva che attraverso decreti annuali non aventi natura regolamentare sarebbero stati stabiliti i criteri e le modalità di erogazione dei contributi in favore delle attività spettacolistiche e poneva in essere un ulteriore sforzo per favorire l'ingresso di soci privati nelle Fondazioni teatrali e stimolarne il coinvolgimento economico.

L'intervento legislativo avveniva in un momento in cui la crisi delle Fondazioni teatrali aveva già raggiunto livelli di emergenza tali da comportare il rischio concreto per alcune di esse del commissariamento previsto dall'art. 21 del c.d. decreto Veltroni nel caso di chiusura di due esercizi finanziari con perdite, ognuno, superiori al 30% del patrimonio, o di presentazione di bilancio preventivo in perdita. Invero, il pericolo era talmente reale che lo stesso decreto n. 7/2005<sup>25</sup> (convertito in legge n. 43/2005) sostituì tale disposizione ancorando lo scioglimento del Consiglio di amministrazione alla perdita superiore al 30%, considerata non più rispetto al singolo anno ma complessivamente, a partire dal 1 gennaio 2006. La crisi era poi aggravata dal costo del lavoro, dalla mancanza di flessibilità, dalla bassa produttività e dalla riduzione dei finanziamenti privati, oltre che dall'incertezza e dalla provvisorietà di quelli statali provenienti dal Fondo unico per lo spettacolo.

La legge Urbani prima, e la legge n. 43/2005 poi, tentavano dunque di muoversi nella prospettiva di agevolare l'ingresso dei privati e di rimediare a quelle che erano considerate le cause principali dello stato di crisi in cui versavano le Fondazioni teatrali.

Tuttavia, a diversi anni dalla riforma, il modello italiano si caratterizzava di fatto per una “semi-privatizzazione”, in cui il potere pubblico rivestiva ancora un ruolo fondamentale.

Sul punto, occorre fare alcune precisazioni. *In primis*, è necessario specificare che per il settore in esame si può parlare di privatizzazione degli Enti lirici solo se con ciò si voglia intendere l'apertura ai privati dei luoghi decisionali prima esclusivamente riservati a soggetti pubblici: apertura che non poteva non portare con sé una serie di conseguenze di natura finanziaria, organizzativa e di politica culturale. Tuttavia, si tratta di una privatizzazione che non sta né per autonomia propriamente privata in termini giuridici, né per autosufficienza economica né, infine, per il ritiro del perimetro pubblico.

In particolare, sul tema dell'individuazione della natura sostanziale delle nuove Fondazioni lirico-sinfoniche e dello spettacolo, G.U. n.119 del 22 maggio 2004.

<sup>25</sup> Decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, “recante disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, nonché per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione. Sanatoria degli effetti dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 novembre 2004, n. 280”, convertito in legge 31 marzo 2005, n. 43.

niche, la normativa comunitaria, più accorta al criterio sostanziale che a quello formale del *nomen juris*, si è espressa inquadrando tali Fondazioni tra gli organismi di diritto pubblico. E tramite numerosi arresti<sup>26</sup> anche la Corte costituzionale, sulla scia della giurisprudenza ordinaria e amministrativa in materia, con la sentenza n. 153/2011, ha affermato che “nonostante l’acquisizione della veste giuridica formale di fondazioni di diritto privato”, gli Enti lirici “conservano, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica” per diverse ragioni, ovvero in quanto:

- perseguono finalità squisitamente nazionali<sup>27</sup> come la diffusione dell’arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l’educazione musicale della collettività, in esplicazione “dei principi fondamentali dello sviluppo della cultura e della tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione” di cui all’art. 9 Cost.;
- hanno compiti espressamente qualificati come “*di interesse nazionale*”;
- sono ancora assoggettati al controllo della Corte dei Conti ai sensi dell’art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 367/1996;
- usufruiscono del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato, confermato dall’art. 1, comma 3, del d.l. n. 345/2000;
- sono inclusi tra gli organismi di diritto pubblico ai sensi del Codice dei contratti pubblici<sup>28</sup>;

<sup>26</sup> Sulla qualificazione in senso pubblicistico degli enti lirici, ancorché privatizzati, si vedano, *ex multis*: Corte Cost. n. 153 del 2011 (pubblicazione in G. U. 27/04/2011 n. 18); Corte di Cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 2637 del 2006; T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza n. 230 del 2009; T.A.R. Sardegna, sez. II, sentenza n. 1051 del 2008.

<sup>27</sup> Sul punto, la Corte Costituzionale ha affermato: «Alla natura pubblica di tali enti – non controversa – la Corte ritiene che si accompagni il carattere nazionale dei medesimi. E ciò non tanto perché suggerito dall’indicazione del loro rilievo nazionale, costantemente presente in tutta la normativa di riferimento come attributo qualificante di essi, ma soprattutto perché le finalità delle anzidette fondazioni, ossia la diffusione dell’arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l’educazione musicale della collettività (art. 3 del d.lgs. n. 367 del 1996, che ripete la formulazione dell’art. 5 della legge n. 800 del 1967), travalicano largamente i confini regionali e si proiettano in una dimensione estesa a tutto il territorio nazionale. Sono significativi, d’altronde, del fatto che non si tratta di attività di spettacolo di interesse locale gli ingenti flussi di denaro con cui lo Stato ha sovvenzionato e continua a sovvenzionare tali soggetti» (n. 153/2011).

<sup>28</sup> In particolare, la Corte ha chiarito (n. 153/2011) che il tenore della citata disciplina sugli appalti pubblici, di derivazione comunitaria, appare molto eloquente, perché riconosce a livello legislativo la compatibilità della nozione di organismo di diritto pubblico con la forma giuridica privata dell’ente («anche in forma societaria»), purché l’ente stesso risulti istituito per soddisfare esigenze d’interesse generale, sia dotato di personalità giuridica e sia finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, co. 26, d.lgs. n. 163/2006). Anche ai sensi del nuovo Codice degli appalti, il d.lgs. n. 50/2016, in vigore dal 19 aprile 2016, gli Enti lirici appaiono qualificabili come organismi

- sono sovvenzionati prevalentemente da finanziamenti statali.

In secondo luogo, occorre osservare che il fenomeno della privatizzazione dev’essere necessariamente rapportato alla questione del personale dipendente delle Fondazioni liriche: lo stesso legislatore, tramite numerosi interventi in materia di lavoro ha individuato nei trattamenti economico-normativi del personale delle Fondazioni il luogo del fallimento delle riforme degli anni Novanta che, appunto, non sono riuscite ad affermare uno dei principali valori della regolamentazione del lavoro in chiave privatistica consistente nell’associare flessibilità e garanzie con i principi di economicità della gestione degli Enti.

Tanto premesso sulla veste delle “nuove” Fondazioni, negli ultimi anni, tra i recenti interventi normativi nel settore lirico-musicale spiccano, per respiro generale, il d.l. 64/2010<sup>29</sup> (convertito in legge n. 100/2010) e il d.P.R. n. 117/2011<sup>30</sup> che nell’ottica di favorire la spinta all’efficienza, all’economicità e all’imprenditorialità delle Fondazioni lirico-sinfoniche, così come rinnovate dal processo di privatizzazione, hanno previsto ampie forme di autonomia per le sole Fondazioni dotate di requisiti specifici di capacità imprenditoriale, quali la rilevanza internazionale e la capacità di autofinanziamento. In particolare, il d.P.R. del 2011 ha stabilito che una percentuale fissa del F.u.s. fosse riservata alla Scala di Milano e all’Accademia Nazionale di Santa Cecilia di Roma<sup>31</sup>.

Se da un lato sono state previste forme di autonomia per determinati enti, dall’altro, allo scopo di fronteggiare l’acuirsi della crisi di settore, è intervenuto il d.l. 91/2013, c.d. decreto “Valore Cultura”<sup>32</sup>, il cui articolo 11 ha dettato disposizioni per il risanamento delle Fondazioni gravate da situazioni di particolare difficoltà economico-patrimoniale. Nello specifico, il decreto ha previsto la nomina di un Commissario

di diritto pubblico e, dunque, amministrazioni aggiudicatrici o stazioni appaltanti (rientrando negli enti preposti a servizi di pubblico interesse, enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero ed enti culturali e di promozione artistica di cui all’allegato IV al Codice, richiamato dall’art. 3, comma 1, lett. a) e d) del nuovo Codice degli appalti).  
<sup>29</sup> D.l. 30 aprile 2010, n. 64, “Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali”, convertito nella legge 29 giugno 2010 n. 100.

<sup>30</sup> D.P.R. 19 maggio 2011, n. 117, “Regolamento recante criteri e modalità di riconoscimento a favore delle fondazioni lirico-sinfoniche di forme organizzative speciali, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera f), del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2010, n. 100”, G.U. n.169 del 22 luglio 2011; provvedimento impugnato per vizi procedurali e annullato dal Giudice amministrativo.

<sup>31</sup> Tali disposizioni hanno trovato immediata applicazione e le Fondazioni destinatarie dei suddetti stanziamenti hanno provveduto a modificare i propri statuti in tal senso.

<sup>32</sup> Il decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, “Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo” c.d. decreto Cultura, convertito in legge 7 ottobre 2013, n. 112.

straordinario del Governo cui le suddette Fondazioni lirico-sinfoniche avrebbero dovuto presentare (entro la data del 9 gennaio 2014) un Piano di risanamento che assicurasse il pareggio di bilancio entro i tre successivi esercizi finanziari.

Da ultimo, il decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83<sup>33</sup> (convertito in legge n. 106/2014), provvedendo ad integrare i precedenti interventi in materia di forme organizzative speciali<sup>34</sup>, ha previsto degli ulteriori requisiti per l'individuazione delle Fondazioni aspiranti a tale configurazione, come: la storia e la cultura operistica e sinfonica italiana, l'assoluta rilevanza internazionale, le eccezionali capacità produttive, i rilevanti ricavi propri, il significativo e continuativo apporto finanziario di privati.

Sullo sfondo complesso ed intricato che è stato delineato in maniera del tutto approssimativa, si innestano le recenti novità legislative in materia di Enti lirico-sinfonici. In particolare, la recente legge n. 160/2016 ha convertito il d.l. 113/2016 modificandone l'art. 24, rubricato "Misure urgenti per il patrimonio e le attività culturali". Come vi si può leggere, al primo comma, la norma richiamata intende "assicurare le migliori condizioni per il completamento del percorso di risanamento delle gestioni e per il rilancio delle attività delle fondazioni lirico-sinfoniche". La legge n. 160, innovando l'articolo in esame, ha introdotto i nuovi commi che vale la pena riportare, per quanto qui di interesse: «3-bis. Al fine di garantire il consolidamento e la stabilizzazione del risanamento economico-finanziario di cui al comma 1, nonché di prevenire il verificarsi di ulteriori condizioni di crisi gestionale e di bilancio nel settore, con uno o più regolamenti da adottare, entro il 30 giugno 2017, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, il Governo provvede, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, alla revisione dell'assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310, anche modificando o abrogando le disposizioni legislative vigenti in materia, secondo i seguenti criteri e principi direttivi: a) individuazione di modelli organizzativi e gestionali efficaci, idonei a garantire la stabilità economico-finanziaria; b) individuazione dei requisiti che devono essere posseduti dalle fondazioni lirico-sinfoniche, alla data del 31 dicembre 2018, al fine dell'inquadramento di tali enti, alternativamente, come «fondazione lirico-sinfonica» o «teatro lirico-sinfonico», con conseguente revisione delle modalità di organizzazione, gestione e fun-

zionamento, secondo principi di efficienza, efficacia, sostenibilità economica e valorizzazione della qualità; c) previsione, tra i requisiti di cui alla lettera b), anche della dimostrazione del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario, della capacità di autofinanziamento e di reperimento di risorse private a sostegno dell'attività, della realizzazione di un numero adeguato di produzioni e coproduzioni, del livello di internazionalizzazione, della specificità nella storia e nella cultura operistica e sinfonica italiana; d) definizione delle modalità attraverso le quali viene accertato il possesso dei requisiti e disposta l'attribuzione della qualifica conseguente; e) previsione che, nell'attuazione di quanto previsto alla lettera b), l'eventuale mantenimento della partecipazione e della vigilanza dello Stato nelle forme e nei limiti stabiliti a legislazione vigente con riferimento agli enti di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310, trovi applicazione esclusivamente con riguardo alle fondazioni lirico-sinfoniche»; (...) «3-quater. Nelle more della revisione dell'assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche, al fine di perseguire l'obiettivo della sostenibilità economico-finanziaria di tali enti, sono previste le seguenti misure di contenimento della spesa e risanamento: a) al personale, anche direttivo, delle fondazioni, ove queste non raggiungano il pareggio di bilancio, non sono riconosciuti eventuali contributi o premi di risultato e altri trattamenti economici aggiuntivi previsti dalla contrattazione di secondo livello; b) le fondazioni che non raggiungano il pareggio di bilancio sono tenute a prevedere opportune riduzioni dell'attività, comprese la chiusura temporanea o stagionale e la conseguente trasformazione temporanea del rapporto di lavoro del personale, anche direttivo, da tempo pieno a tempo parziale, allo scopo di assicurare, a partire dall'esercizio immediatamente successivo, la riduzione dei costi e il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario (...)».

La tanto attesa riforma sta suscitando malcontenti tra gli operatori del settore. Ed invero, se l'art. 24 al primo comma enuncia che l'obiettivo perseguito dall'intervento legislativo è quello di "assicurare le migliori condizioni per il completamento del percorso di risanamento delle gestioni e per il rilancio delle attività delle fondazioni lirico-sinfoniche", le nuove prescrizioni introdotte dalla legge di conversione sembrano prospettare uno scenario tutt'altro che vicino all'auspicato risanamento della crisi in cui versano gli enti lirici italiani.

Almeno due prescrizioni introdotte dalla riforma destano infatti notevoli perplessità in merito alla sopravvivenza delle Fondazioni, laddove prevedono:

- a. il "declassamento" da Fondazioni lirico-sinfoniche a Teatri lirici delle fondazioni che non rispettino determinati requisiti nelle stringenti tempistiche previste dalla norma;

<sup>33</sup> Il d.l. 31 maggio 2014, n. 83, "Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo" convertito nella legge 29 luglio 2014, n. 106.

<sup>34</sup> Affrontate in modo non organico dall'art. 1 (commi 326 e 327) della legge n. 147/2013 (legge di stabilità 2014).



b. l'imposizione di "opportune riduzioni dell'attività, comprese la chiusura temporanea o stagionale e la conseguente trasformazione temporanea del rapporto di lavoro del personale da tempo pieno a tempo parziale" alle Fondazioni che non raggiungano il pareggio di bilancio.

Con riguardo all'aspetto *sub a)*, il nuovo comma 3-*bis* dell'articolo 24 stabilisce che un futuro decreto del Governo indicherà i requisiti che, al 31 dicembre 2018, le Fondazioni dovranno possedere per essere inquadrare come tali. Diversamente, verranno inquadrare come Teatri lirico-sinfonici.

Nell'attesa che il Governo si metta all'opera, il comma 3-*quater* anticipa che oltre al possesso dei requisiti che verranno stabiliti, gli enti saranno certamente tenuti a dimostrare: il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario, la capacità di autofinanziamento e il reperimento di risorse private a sostegno dell'attività, la realizzazione di un numero adeguato di produzioni e coproduzioni, il livello di internazionalizzazione e della specificità nella storia e nella cultura operistica e sinfonica italiana.

Ci si interroga, dunque, su quelli che saranno i requisiti previsti dal Governo, nell'incertezza che le quattordici Fondazioni siano in grado di poter soddisfare le richieste nelle strette tempistiche pure stabilite dalla norma (31 dicembre 2018). E appare fondato il timore degli operatori del settore – alla luce del quadro appena descritto – che tali requisiti possano risultare irraggiungibili per la maggior parte delle Fondazioni; tanto più se dovesse trattarsi degli stessi requisiti individuati dalle recenti norme atte a concedere la qualifica di autonomie speciali alla Scala di Milano e all'Accademia Santa Cecilia di Roma. È facile osservare, dunque, che se così fosse la maggior parte degli Enti lirici perderebbe lo *status* originario di Fondazione e – quel che è peggio – il sostegno statale.

Ciò in quanto non si tratta esclusivamente di un declassamento di tipo nominalistico, ovvero di una retrocessione priva di ripercussioni sulla vita degli enti: con la riforma il legislatore sembra aver inteso operare una vera e propria suddivisione degli enti tra le Fondazioni lirico-sinfoniche, che resteranno dunque inquadrabili come organismi di diritto pubblico e i Teatri lirico-sinfonici, svincolati da un importante sostegno statale e, di conseguenza, sostanzialmente privatizzati.

Ed invero, a conferma di tanto, il citato comma 3-*bis* recita: «l'eventuale mantenimento della partecipazione e della vigilanza dello Stato nelle forme e nei limiti stabiliti a legislazione vigente con riferimento agli enti di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310, trovi applicazione esclusivamente con riguardo alle fondazioni lirico-sinfoniche». In altre parole, le Fondazioni declassate a Teatri lirici non saranno più sottoposte né alla partecipazione statale né alla vigilanza statale, perdendo quei caratteri ritenuti da sempre es-

senziali – da parte della giurisprudenza – ai fini di una qualificazione pubblicistica di tali enti.

Con riguardo, poi, all'aspetto *sub b)* le riduzioni dell'attività – comprese la chiusura temporanea o stagionale e la trasformazione *in pejus* per i dipendenti dei rapporti di lavoro – imposte dal comma 3-*quater* agli enti che non raggiungano il pareggio di bilancio, lasciano facilmente immaginare future chiusure, precariato e fuga di talenti dalle Fondazioni liriche; circostanze che non potranno essere giustificate neppure, come lascia intendere il legislatore, dall'esigenza di ridurre i costi.

Concludendo, al di là dell'amara considerazione da musicista per la quale del patrimonio lirico italiano dovrebbe poterne godere in egual misura l'intero Paese – e non solo gli Enti territorialmente più fortunati e in grado di procurarsi maggiori *sponsor* e partecipazioni private – appare chiaro l'intento del legislatore di andare verso una malcelata privatizzazione sostanziale di tali Enti.

Ed amara, dunque, non può che essere anche la conclusione da giurista, in quanto tale riforma porterà ad inevitabili disparità e divergenze tra gli Enti che da sempre incarnano la tradizione lirica, e che già solo per tale motivo dovrebbero avere lo stesso peso. Basti pensare al confronto con i Teatri di tradizione e le Istituzioni concertistico-orchestrali, realtà musicali circoscritte in ristretti ambiti territoriali, per apprezzare – *di contra* – la chiara vocazione nazionale di quel gruppo di Enti lirici di eccellenza, che non a caso nel 2003 il legislatore ha inteso ampliare con il Teatro Petruzzelli di Bari, per la generale rilevanza delle finalità perseguite e l'ampiezza delle attività svolte.

Il legislatore dovrebbe invece, alla luce dell'art. 9 Cost. e in un'ottica di eguaglianza sostanziale imposta dalla Carta costituzionale, intervenire rimuovendo gli ostacoli che allo stato impediscono siffatta eguaglianza, ovvero muovendosi in favore degli Enti lirici che versano in uno stato di crisi.

Se la storia insegna, il caso di cronaca non troppo recente del "minacciato licenziamento collettivo" – riguardante il coro e l'orchestra del Teatro dell'Opera di Roma, con l'allontanamento dell'illustre Maestro Muti e la conseguente perdita di biglietteria e fuga di *sponsor* – ha mostrato al Paese la drammatica situazione del Teatro che la legge Corona privilegiava per la funzione di rappresentanza svolta nella sede della capitale dello Stato, ormai relegato a mero "Teatro di provincia».

Sarebbe dunque auspicabile, per scongiurare nel prossimo futuro simili episodi, che il legislatore intervenisse con un ripensamento sul settore spettacolistico o quantomeno che dettasse dei requisiti di accesso al sostegno pubblico raggiungibili in tempi congrui da parte di ogni ente lirico.

## Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

NOVITÀ  
LEGISLATIVE

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE NELLE IPOTESI DI FALSA ATTESTAZIONE DELLA PRESENZA  
IN SERVIZIO DEI PUBBLICI DIPENDENTI: PECULIARITÀ, ANOMALIE E ASPETTI POSITIVI ..... 1010  
di Guglielmo Cinque

L'AGGRAVANTE DI NEGAZIONISMO, TRA VINCOLI DI MATRICE SOVRANAZIONALE E  
LEGISLAZIONE SIMBOLICA ..... 1017  
di Giuseppe Visone



## Il licenziamento disciplinare nelle ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio dei pubblici dipendenti: peculiarità, anomalie e aspetti positivi

### abstract

*The provisions of the n. 116 of 06/20/2016 Legislative Decree give ways to fight the absenteeism in the public employment in the dual perspective of combine the safeguard requirements of regular performance of administrative activities with the time's concreteness and rate of the disciplinary action's completion.*

### keywords

*False certificate attendance at work – Public sector workers – Disciplinary dismissal.*

### abstract

*Le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 116 del 20 giugno 2016 forniscono gli strumenti per combattere il fenomeno dell'assenteismo nel pubblico impiego nella duplice prospettiva di coniugare le esigenze di salvaguardia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa con la concretezza e velocità dei tempi di espletamento dell'azione disciplinare.*

### parole chiave

*Falsa attestazione presenza in servizio – Pubblici dipendenti – Licenziamento disciplinare.*

### sommario

Introduzione. – **1.** La fattispecie disciplinare sostanziale e la connessa responsabilità dei dirigenti e dei responsabili. – **2.** La sospensione cautelare. – **3.** Il procedimento disciplinare accelerato. – **4.** Il danno all'immagine. – **5.** Conclusioni.

### Introduzione

Con l'articolo 17 comma 1 lett. s) della legge 7 agosto 2015 n. 124 (in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) il Parlamento ha delegato il Governo ad intervenire sulla disciplina relativa alla responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti, con norme finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo l'esercizio dell'azione disciplinare nei tempi di espletamento e di conclusione.

Il Governo ha pertanto adottato, nel termine dei diciotto mesi previsti dalla delega, il decreto legislativo 20 giugno 2016 n. 116 con il quale è stato modificato l'articolo 55-*quater* del decreto legislativo 30 marzo

2001 n. 165, in tema di licenziamento disciplinare, nonostante la materia fosse stata già oggetto di nuova modulazione, rispetto alla originaria stesura delle disposizioni del 2001, dalla legge 27 ottobre 2009 n. 150 (cd. riforma Brunetta), per meglio delimitare l'ambito di applicazione circa la attestazione falsa della presenza in servizio dei pubblici dipendenti e per definire la responsabilità dei dirigenti: il tutto attraverso un procedimento disciplinare veloce e con la previsione di una azione di responsabilità per danni all'immagine della P.A.

Nell'intervento del Governo senza dubbio hanno inciso i fatti di cronaca sempre più frequenti (e talora eclatanti nelle modalità di attuazione) che hanno spinto, con una tensione culturale e quasi ossessiva della pubblica opinione, a combattere in maniera più incisiva il fenomeno dell'assenteismo e della illegalità nella Pubblica Amministrazione, individuato come una delle maggiori cause di inefficienza dell'attività amministrativa.

Come si legge nel preambolo del provvedimento legislativo, dopo la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri del 20 gennaio 2016, sono state sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nella riunione del 4 febbraio 2016. Inoltre, è stato acquisito il parere della Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto Legislativo 28 agosto 1997 n. 281, che ha invitato il Governo a porre attenzione ai profili temporali e alle scadenze previste dalle disposizioni. Infine, è stato recepito un articolato parere del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione Consultiva per gli atti normativi nella adunanza del 16 marzo 2016, che ha suggerito precisazioni sia letterali e lessicali che contenutistiche.

Il provvedimento legislativo consta di n. 3 articoli: il primo prevede le modifiche all'art. 55 quater del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165; il secondo contiene la clausola di invarianza finanziaria, per cui dall'attuazione del decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica; il terzo disciplina gli aspetti transitori specificando che il nuovo regime si applica agli illeciti disciplinari commessi successivamente all'entrata in vigore del decreto, e cioè dal 13 luglio 2016.

Quattro sono i punti innovativi regolamentati dal decreto n. 116/2016: 1) la fattispecie disciplinare so-

stanziale della falsa attestazione della presenza in servizio con la connessa responsabilità del dirigente; 2) l'istituto della sospensione cautelare; 3) il procedimento disciplinare accelerato; 4) il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.

### 1. La fattispecie disciplinare sostanziale e la connessa responsabilità dei dirigenti e dei responsabili

Giova precisare che l'art. 55-*quater* (Licenziamento disciplinare) fu inserito nel d.lgs. n. 165/2001 dall'articolo 69 comma 1 del d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 e costituì un ritorno ad una visione autoritaristica del rapporto di pubblico impiego privatizzato perché, oltre alle ipotesi di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve le ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, statui l'applicazione della sanzione disciplinare del licenziamento per altre ipotesi tassativamente previste: ciò in un'ottica di recupero dell'efficienza dell'apparato pubblico.

Tra questi casi, alla lettera a), è regolamentata la "falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente....".

Il successivo articolo 55-*quinquies*, anche esso introdotto dall'art. 69 comma 1 d.lgs. 27.10.2009 n. 150, contempla, poi, per il lavoratore che si sia reso responsabile della condotta sopra indicata, la pena della reclusione da uno a cinque anni e la multa da euro 400 ad euro 1.600; la stessa pena è prevista per chiunque altro avesse concorso nella commissione del delitto; il tutto oltre al risarcimento del danno patrimoniale e all'immagine della PA.

L'articolo 1 lett. a) del d.lgs. n. 116/2016, senza riscrivere la norma sopra indicata, con l'inserimento del comma 1-*bis* all'art. 55-*quater* citato, fornisce una interpretazione autentica del concetto di falsa attestazione della presenza in servizio, chiarendo che sussiste tale ipotesi allorquando vi sia una qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per fare risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso.

Non essendo stato specificato che l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza costituisca una modalità alternativa specificamente indicata, per realizzare la falsa attestazione della presenza, oltre alla formula introdotta dal d.lgs. n. 116/2016, deve ritenersi che il Legislatore abbia voluto adottare una fattispecie aperta, ampliando il più possibile l'ambito di operatività anche ai fini del coinvolgimento dei terzi.

Ed infatti la novella prevede anche che della violazione risponda pure chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta.

Nel rispetto del principio di tipicità dell'illecito disciplinare, l'esigenza del Legislatore è stata, quindi,

quella di comprendere tutte le varie forme di falsa attestazione della presenza in servizio o di induzione in inganno circa l'osservanza dell'orario di lavoro da parte del dipendente, nonché di estendere la responsabilità anche a chi abbia agevolato la condotta fraudolenta con la propria condotta omissiva o commissiva.

I destinatari della disposizione possono essere così individuati: a) i soggetti dipendenti (e i loro concorrenti nel fatto) che abbiano adottato una condotta ingannevole per fare attestare la propria presenza in servizio, ovvero abbiano tratto in inganno i responsabili circa l'osservanza dell'orario di lavoro; b) gli altri dipendenti che abbiano agevolato la suddetta condotta con qualunque tipo di comportamento.

È chiaro, quindi, che si è cercato di far rientrare ogni possibile tentativo artificioso diretto a far risultare il dipendente in servizio o a trarre in inganno l'amministrazione circa l'osservanza dell'orario di lavoro e a sanzionare tutti i soggetti che in qualche modo abbiano contribuito alla commissione del fatto.

Sempre con riguardo alla platea dei soggetti che possono essere coinvolti nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, il Legislatore con l'introduzione del comma 3-*quinquies* (all'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001) ha previsto che i dirigenti, oppure i responsabili di servizio degli enti privi di qualifiche dirigenziali, possano rispondere di illecito disciplinare se ritardano senza giustificato motivo la sospensione del dipendente assenteista o l'attivazione del procedimento disciplinare a suo carico.

Illecito è sanzionato con il licenziamento e di esso è data notizia, da parte dell'Ufficio competente per il procedimento disciplinare, all'Autorità giudiziaria ai fini dell'accertamento della sussistenza di eventuali reati. Nella versione precedente era stato previsto esplicitamente il riferimento al reato di omissione di atti di ufficio ma il Consiglio di Stato aveva fatto notare che, al più, si sarebbe trattato di rifiuto di atti di ufficio e si sarebbe rischiato un eccesso di delega rispetto alla legge n. 124/2015. Il richiamo al delitto di omissione, nella stesura definitiva, è stato tolto e sostituito con il generico rinvio alla "sussistenza di eventuali reati".

Con tale disposizione, come è agevole osservare, il Legislatore ha voluto rompere quel patto non espresso che si veniva a creare tra dipendenti infedeli, soggetti che agevolavano la condotta illecita e i dirigenti che non operavano, per lassismo o per connivenza, i dovuti controlli né che adottavano i legittimi provvedimenti punitivi, stabilendo per i primi due il licenziamento disciplinare in ordine alla falsa attestazione della presenza, così estendendo l'ambito operativo della norma, e prevedendo per i terzi (dirigenti e responsabili) una nuova ipotesi di licenziamento disciplinare. Per tutti, poi, i fatti commessi non escludono la sussistenza a loro carico di ipotesi di reato.

È opportuno evidenziare che tale sistema riguarda solo la fattispecie della falsa attestazione della presenza in servizio, mentre per le altre ipotesi ulteriori previste dall'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001 si applicheranno le norme già in vigore.

L'intervento legislativo è stato, quindi, mirato, inserendosi in un contesto normativo che già prevedeva il licenziamento senza preavviso per gli assenteisti (vedi riforma Brunetta) ma che evidentemente non assicurava adeguata tutela sia con riguardo alla definizione normativa della condotta, sia con riferimento alla posizione di chi avesse agevolato il comportamento fraudolento, sia infine per i dirigenti che non avessero attuato i provvedimenti di sospensione ovvero avessero instaurato il procedimento disciplinare.

Un ultimo punto che deve essere segnalato è quello relativo all'accertamento della falsa attestazione in servizio mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze (da cui nasce l'obbligo per il dirigente o per il responsabile di servizio, di adottare il provvedimento di sospensione cautelare e di attivare il procedimento disciplinare).

Invero, la disposizione è strettamente connessa con l'art. 4 della legge n. 300/1970, come modificato dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015, che al comma 2 statuisce che la disciplina restrittiva di cui al comma 1 non si applica agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Ne consegue che la falsa attestazione della presenza può essere accertata in tre ipotesi: a) in flagranza; b) mediante strumenti di sorveglianza (quelli della Polizia Giudiziaria, di solito trattasi di telecamere per scoprire gli illeciti); c) attraverso gli strumenti di registrazione degli accessi (che sono quelli di cui all'art. 4 citato, posizionati dal datore di lavoro).

Solo in tali ipotesi, per i dirigenti che abbiano acquisito conoscenza dei fatti in qualsiasi modo, sorgono gli obblighi sopra indicati.

## 2. La sospensione cautelare

Con il comma 3-*bis*, inserito dopo il comma 3 dell'art. 55-*quater*, è stata introdotta una particolare ipotesi di sospensione cautelare dal servizio nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio in ipotesi di flagranza ovvero di accertamento della condotta mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze.

La sospensione cautelare, in generale, è uno strumento amministrativo che consente di sospendere il rapporto di servizio a causa di determinati presupposti che impediscono lo svolgimento normale delle funzioni e del servizio. Essa è autonoma rispetto ai procedimenti disciplinari e penali in corso e la sua funzione è quella di salvaguardare il regolare svolgimento del servizio amministrativo anche sotto il profilo della prevenzione e della lesione del prestigio della PA.

L'istituto è disciplinato dal d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, da leggi speciali (per ciò che concerne il rapporto di pubblico impiego non privatizzato) e dai contratti collettivi (per i vari comparti amministrativi).

La sospensione può essere obbligatoria o facoltativa; produce effetti temporanei, che poi devono essere rivalutati in sede disciplinare, ed è ammissibile quando i fatti appaiono di una gravità tale da comportare la sanzione del licenziamento in base ad una valutazione fatta a priori dalla legge o dal dirigente. Sotto il profilo economico, il dipendente sospeso percepisce solo l'indennità pari al 50% della retribuzione fissa mensile e gli assegni del nucleo familiare, con esclusione di ogni compenso accessorio, comunque denominato, anche se pensionabile.

Le particolarità della sospensione nell'ipotesi di cui al nuovo comma 3-*bis* dell'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001, che si differenzia notevolmente da quella testé riportata, possono essere, invece, riassunte nei termini che seguono.

Essa è obbligatoria, non lasciando alcun margine di discrezionalità per la sua adozione e non richiede la previa audizione dell'interessato.

È disposta dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora o, ove ne venga a conoscenza per primo, dall'ufficio di cui all'art. 55-*bis* comma 4 d.lgs. n. 165/2001, con provvedimento motivato e comunque entro 48 ore dal momento in cui tali soggetti ne siano venuti a conoscenza.

La violazione del citato termine non comporta la decadenza dall'azione disciplinare, né l'inefficacia della misura, ma solo la responsabilità disciplinare del dipendente che ne sia responsabile.

La sospensione comporta la privazione dello stipendio, fatto salvo il diritto all'assegno alimentare, che evidentemente ha natura assistenziale e non retributiva.

Contestualmente ad essa si procede alla contestazione dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all'Ufficio di cui all'art. 55 comma 4.

Il provvedimento di sospensione, di cui discute, è senza dubbio un provvedimento specifico e poliedrico, sicuramente unico nel panorama del diritto amministrativo e del diritto del lavoro del pubblico impiego contrattualizzato.

Venendo ad una breve analisi delle peculiarità, va affermato che un primo aspetto importante è ravvisabile nella esigenza di tutela del superiore interesse pubblico nel sollevare immediatamente il dipendente dall'incarico rivestito: ciò anche in ossequio al principio di buon andamento e per il prestigio della PA. E in questa ottica va letto il brevissimo termine entro cui va adottato il provvedimento stesso.

Un secondo profilo singolare risiede nel fatto di essere comunque la sospensione caratterizzata da una funzione assistenziale perché prevede la corresponsione di un assegno alimentare per cui, sebbene tratta-

si di misura svincolata dal licenziamento, tuttavia in un'ottica garantista, salvi gli effetti restitutori *ex tunc*, tutela nell'immediato i bisogni primari del dipendente e della sua famiglia.

La terza caratteristica rilevante è costituita dal fatto che, pur essendo la sospensione inserita in una scansione temporale ridotta, essa è svincolata da ogni eventuale vizio patologico del procedimento disciplinare, perché la violazione dei termini di legge non comporta decadenza della sanzione disciplinare né l'inefficacia della misura.

Il quarto elemento è, infine, rappresentato dall'essere il primo atto della fattispecie procedimentale disciplinare perché, sebbene emesso senza contraddittorio (prevedendolo in un momento differito attraverso la convocazione del dipendente) è con essa che va specificata per iscritto anche la contestazione dell'addebito, quale elemento essenziale di garanzia per il lavoratore; ciò attesta la natura complessa e coordinata dei tre provvedimenti (sospensione, contestazione e convocazione) quale espressione autoritativa della PA e quale primo momento di tutela e di salvaguardia per il dipendente.

Non può escludersi che nei confronti della sospensione, sebbene come si vedrà in seguito il susseguente procedimento disciplinare debba essere ultimato nei trenta giorni, si possa ricorrere innanzi al giudice ordinario con un ricorso di urgenza ex art. 700 cpc.

Certamente i motivi del contendere risultano alquanto ridotti, essendo stati esclusi dalla legge ipotesi di incidenza dei vizi formali/temporali del provvedimento ed essendo stato ridotto il presupposto dell'urgenza con la previsione di termini brevissimi per la valutazione del merito della vicenda sotto il profilo disciplinare, ma in astratto non può ritenersi non percorribile la strada di una richiesta di tutela giurisdizionale immediata in via cautelare.

Non sembra, invece, possibile esperire i ricorsi amministrativi: per il ricorso gerarchico il problema non si pone perché l'atto è adottato dai dirigenti (o da soggetti ad essi equiparati) mentre il ricorso al Capo dello Stato è inammissibile vertendosi in materia di lavoro sottratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 7 comma 8 CPA).

### 3. Il procedimento disciplinare accelerato

Il comma 3 ter introduce il procedimento disciplinare accelerato.

Prima di esaminare nello specifico detto procedimento, è opportuno ricordare le altre fattispecie procedimentali disciplinate dall'art. 55-*bis* d.lgs. n. 165/2001.

Il primo tipo è il procedimento disciplinare "ordinario", che si conclude in 60 giorni con 20 giorni per la contestazione dell'addebito.

Il secondo tipo è il procedimento disciplinare "lungo", nelle ipotesi più gravi, che si conclude in 120

giorni e prevede 40 giorni per la contestazione dell'addebito.

Infine, c'è quello "accelerato" per le ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio di cui al comma 3-*bis*.

Si è detto che, con la sospensione cautelare adottata nelle 48 ore dal momento della conoscenza del fatto, si procede anche alla contestuale contestazione dell'addebito e alla convocazione del dipendente, per il contraddittorio a sua difesa, con un preavviso di 15 giorni.

Fino alla data dell'audizione il dipendente può inviare una memoria scritta e chiedere un ulteriore rinvio non superiore a cinque giorni: ciò solo in caso di grave, oggettivo ed assoluto impedimento e solo per una volta.

È assicurata la difesa tecnica dell'incolpato mediante l'assistenza di un procuratore o di un rappresentante della associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato.

Tutto il procedimento deve, poi, concludersi entro trenta giorni e, anche in questo caso, la violazione dei termini indicati non determina la decadenza dell'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata ma solo l'eventuale responsabilità del dipendente cui sia imputabile il ritardo.

Sono state previste due eccezioni: la prima attiene alla circostanza in cui risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente; la seconda si ha allorquando viene superato il termine dell'art. 55-*bis* comma 4 d.lgs. n. 165/2001, e cioè quello di 120 giorni.

Sono compatibili perché non escluse dalla legge e purché non si verta nelle ipotesi di cui alle eccezioni citate, le facoltà concesse all'Ufficio di espletare attività istruttoria ex art. 55-*bis* n. 6, come per esempio, acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento.

Come è agevole osservare, si è cercato di coniugare al meglio e di temperare, da un lato, il principio di tempestività (sotto il profilo procedimentale) e, dall'altro, i principi di difesa e del contraddittorio.

Si possono, tuttavia, presentare alcune criticità.

Invero, in primo luogo, deve osservarsi che il procedimento disciplinare ha origine con un provvedimento complesso non sempre formulato dall'Ufficio procedimenti disciplinari ma anche dal dirigente ovvero, nelle strutture che non hanno tale figura, dal responsabile del servizio.

In questi casi ciò potrebbe influire sulla esatta contestazione dei fatti per la natura giuridicamente non tecnica del soggetto che lo predisporre.

Inoltre, anche la determinazione del momento a partire dal quale adottare il provvedimento di sospensione e la contestuale contestazione, in relazione ai brevi termini per la convocazione e la conclusione del procedimento disciplinare, può presentare pro-

fili di incertezza: si parla, infatti, di locuzioni come “immediatamente” o “entro 48 ore dal momento in cui si venga a conoscenza del fatto”, con inevitabili problemi sulla esatta e certa individuazione della decorrenza.

Essendovi, poi, una potenziale concorrenza tra il dirigente del servizio e l'Ufficio procedimenti disciplinari nell'emettere i provvedimenti di sospensione e di contestazione, occorre prevedere uno stretto collegamento tra i due organi, sia perché la convocazione deve essere fissata in ogni caso innanzi all'Ufficio predetto, per cui è necessario un coordinamento qualora la contestazione/convocazione venga emessa dal dirigente, sia perché competente ad emettere la sospensione è chi per primo abbia avuto conoscenza del fatto, potendosi ipotizzare in astratto, pertanto, anche una duplicità di autonome iniziative disciplinari.

Infine, potrebbero sorgere problemi per ciò che concerne la denuncia al PM e alla competente Sezione della Corte dei Conti in quanto tali comunicazioni devono avvenire entro 15 giorni dall'inizio della procedura disciplinare mentre il dipendente può proporre idonee giustificazioni e difese anche dopo 16 giorni, di talché potrebbero essere attivati procedimenti, penali e contabili, mentre sotto il profilo disciplinare vengano rese nelle more dal dipendente valide giustificazioni in ordine al comportamento tenuto.

#### 4. Il danno all'immagine

Il comma 3 quater, come introdotto dal d.lgs. n. 116/2016 in relazione all'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001, stabilisce i tempi e le modalità per la contestazione del danno all'immagine della PA in ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio accertata con le modalità di cui al comma 3-*bis*.

Si è già detto che il caso di flagranza fa scattare la denuncia al Pubblico Ministero e la segnalazione alla Corte dei Conti entro 15 giorni dall'avvio del procedimento disciplinare. La Procura della Corte dei Conti, a sua volta, in presenza dei presupposti di legge dovrà emettere invito a dedurre per danno di immagine entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento.

L'azione di responsabilità dovrà essere esercitata entro i 120 giorni successivi alla denuncia e senza possibilità di proroga.

La modifica legislativa interviene, infine, anche sull'ammontare del danno che il dipendente assenteista deve versare alla PA che è rimesso alla valutazione equitativa del giudice, il quale dovrà rapportarlo anche alla rilevanza del caso ottenuta sui mezzi di informazione, ma che comunque non potrà essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia.

Orbene, un primo problema che si pone è quello di verificare se la disciplina sul danno erariale possa ritenersi compreso nella delega conferita al Governo

e riguardante solo l'introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi l'esercizio dell'azione disciplinare.

Il parere del Consiglio di Stato del 16 marzo 2016 si è pronunciato in termini negativi (perché la soluzione è innovativa rispetto ai principi e ai criteri direttivi della delega) ma il Legislatore delegato ha ritenuto di confermare la previsione legislativa, così esponendo la norma ad azioni in sede di accertamento sulla compatibilità costituzionale della stessa.

Una seconda indispensabile puntualizzazione riguarda l'ambito applicativo della disposizione che concerne unicamente la fattispecie sopra indicata di cui all'articolo 3-*bis*, residuando per le altre ipotesi il disposto di cui all'art. 55-*quinquies* n. 2 che, invece, prevede un risarcimento del danno patrimoniale pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali fosse stata già accertata la mancata prestazione, oltre al danno all'immagine.

Condivisibilmente, pertanto, il rapporto tra le due norme, con riferimento al danno all'immagine, è stato definito dal Consiglio di Stato di “specificazione” e di “integrazione” e non di alternatività. E in questi sensi le due disposizioni vanno coordinate ed interpretate. Da un punto di vista del diritto sostanziale, giova precisare che per danno all'immagine deve considerarsi quello che, se anche non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di valutazione patrimoniale sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso (cfr. Cass., sez. un., 15 luglio 2005, n. 14990) e consiste nel pregiudizio conseguente alla perdita di prestigio e al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica dello Stato (cfr. Cass., sez. un., ord. n. 4582 del 2 marzo 2006).

Certamente a tale categoria e tali criteri il Legislatore si è rifatto nella elaborazione della disposizione di cui al comma 3 quater.

Infine, va osservato che sicuramente saranno oggetto di spunti di riflessione sia la limitazione minima inderogabile all'ammontare del risarcimento conseguente all'eventuale condanna per danno erariale (sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia) sia l'individuazione del parametro della rilevanza ottenuta dal caso sui mezzi di informazione.

È opportuno sottolineare, quanto al primo aspetto, che è stata già ritenuta ammissibile l'esistenza di fattori la cui portata minima di incidenza è stata, in via di fatto o di diritto, fissata dal legislatore: per esempio la misura minima degli interessi. In tali ipotesi il giudice non può attribuirvi una portata minore neanche nel giudizio equitativo.

Relativamente al secondo aspetto, deve segnalarsi che non vi sono motivi ostativi circa l'obbligo del giudice di considerare i fatti incidenti sul danno che siano

notori, salvo dare ragione del proprio convincimento sui fattori, di cui ha tenuto conto, nella sua valutazione.

## 5. Conclusioni

Come risulta dalla succinta analisi del decreto legislativo n. 116 del 20 giugno 2016, le disposizioni di legge rappresentano un punto di sintesi tra la esigenza di dare una pronta risposta ai cd. “furbetti del cartellino” e quella di inquadrare l’intervento in un sistema già normativamente regolamentato quanto alle garanzie e ai diritti dell’incolpato.

Si è agito, pertanto, in modo mirato sulla individuazione delle condotte addebitabili agli incolpati, sui soggetti da coinvolgere, sui tempi del procedimento e sulla irrilevanza della violazione dei termini nonché sul danno, limitando il più possibile ogni profilo di discrezionalità interpretativa sia delle norme che del fatto.

Non si può, tuttavia, non notare -in controluce- come sia chiara la volontà di disciplinare in modo centralistico la materia superando la contrattazione collettiva, alla quale si è sottratta ogni possibilità di integrazione delle norme primarie, come del resto è già avvenuto in altri istituti del diritto del lavoro privato innovati dal Jobs Act.

Norme commentate:

*DECRETO LEGISLATIVO 20 giugno 2016, n. 116*

**Modifiche all’articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell’articolo 17, comma 1, lettera s), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare.**

(GU n.149 del 28-6-2016)

Vigente al: 13-7-2016

*IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA*

*Visti gli articoli 76, 87 e 97 della Costituzione;*

Vista la legge 7 agosto 2015, n. 124, recante riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, e, in particolare, l’articolo 17, comma 1, lettera s), recante delega al Governo per il riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche;

Visto il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e, in particolare gli articoli 55, 55-bis, 55-ter, 55-quater, 55-quinquies, 55-sexies come successivamente modificati dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei ministri, adottata nella riunione del 20 gennaio 2016; Sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nella riunione del 4 febbraio 2016;

Acquisito il parere della Conferenza unificata, ai sensi dell’articolo 8, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, espresso nella seduta del 3 marzo 2016; Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell’adunanza del 16 marzo 2016;

Acquisito il parere della Commissione parlamentare per la semplificazione e delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Vista la deliberazione del Consiglio dei ministri, adottata nella riunione del 15 giugno 2016; Sulla proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione;

E m a n a

il seguente decreto legislativo:

Art. 1

Modifiche all’articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165

1. All’articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo il comma 1 è inserito il seguente: «1-bis. Costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l’amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell’orario di lavoro dello stesso. Della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta.»;

b) dopo il comma 3, sono inseriti i seguenti: «3-bis. Nel caso di cui al comma 1, lettera a), la falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, determina l’immediata sospensione cautelare senza stipendio del dipendente, fatto salvo il diritto all’assegno alimentare nella misura stabilita dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti, senza obbligo di preventiva audizione dell’interessato. La sospensione è disposta dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora o, ove ne venga a conoscenza per primo, dall’ufficio di cui all’articolo 55-bis, comma 4, con provvedimento motivato, in via immediata e comunque entro quarantotto ore dal momento in cui i suddetti soggetti ne sono venuti a conoscenza. La violazione di tale termine non determina la decadenza dall’azione disciplinare né l’inefficacia della sospensione cautelare, fatta salva l’eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile.

3-ter. Con il medesimo provvedimento di sospensione cautelare di cui al comma 3-bis si procede anche alla contestuale contestazione per iscritto dell’addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all’Ufficio di cui all’articolo 55-bis, comma 4. Il dipendente è convocato, per il



contraddittorio a sua difesa, con un preavviso di almeno quindici giorni e può farsi assistere da un procuratore ovvero da un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato. Fino alla data dell'audizione, il dipendente convocato può inviare una memoria scritta o, in caso di grave, oggettivo e assoluto impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa per un periodo non superiore a cinque giorni. Il differimento del termine a difesa del dipendente può essere disposto solo una volta nel corso del procedimento. L'Ufficio conclude il procedimento entro trenta giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito. La violazione dei suddetti termini, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'articolo 55-bis, comma 4.

*3-quater.* Nei casi di cui al comma 3-bis, la denuncia al pubblico ministero e la segnalazione alla competente procura regionale della Corte dei conti avvengono entro quindici giorni dall'avvio del procedimento disciplinare. La Procura della Corte dei conti, quando ne ricorrono i presupposti, emette invito a dedurre per danno d'immagine entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento. L'azione di responsabilità è esercitata, con le modalità e nei termini di cui all'articolo 5 del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, entro i centoventi giorni successivi alla denuncia, senza possibilità di proroga. L'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia.

*3-quinquies.* Nei casi di cui al comma 3-bis, per i dirigenti che abbiano acquisito conoscenza del fatto, ovvero, negli enti privi di qualifica dirigenziale, per i responsabili di servizio competenti, l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo, costituiscono illecito disciplinare punibile con il licenziamento e di esse è data notizia, da parte dell'ufficio competente per il procedimento disciplinare, all'Autorità giudiziaria ai fini dell'accertamento della sussistenza di eventuali reati.».

#### Art. 2

##### Clausola di invarianza finanziaria

1. Dall'attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

#### Art. 3

##### Disposizione transitoria

1. Le disposizioni di cui all'articolo 1 si applicano

agli illeciti disciplinari commessi successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto. Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

*Dato a Roma, addì 20 giugno 2016*

*MATTARELLA*

*Renzi, Presidente del Consiglio dei ministri*

*Madia, Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione*

*Visto, il Guardasigilli: Orlando*

Giuseppe Visone  
Sostituto Procuratore di Napoli

## L'aggravante di negazionismo, tra vincoli di matrice sovranazionale e legislazione simbolica

### abstract

*The paper focuses on the recently introduced law 115/2016, in the light of the evolution of the Strasbourg Court's case law concerning holocaust denial. The paper also considers the internal criminal conduct as a result of a constitutionally-oriented reading of the previous legislation and the adoption of the framework decision 2008/913/GAI.*

### keywords

*Holocaust denial – Crime of opinion – Legality/certainty.*

### abstract

*Il contributo esamina la novella introdotta con l. 115/2016, alla luce della evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di negazionismo, della possibile rilevanza penale interna della condotta per effetto di una lettura costituzionalmente orientata della normativa previgente nonché della adozione della dec. quadro 2008/913/GAI.*

### parole chiave

*Negazionismo – Reati di opinione – Tassatività/determinatezza.*

### sommario

Premessa – **1.** Il negazionismo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – **2.** Il negazionismo nella normativa Italiana in una prospettiva costituzionale. – **2.1.** La legge 654/1975 di ratifica della Convenzione di New York. – **2.2.** La legge Mancino (d.l. 122/1993 convertito nella legge 205/1993). – **2.3.** La legge 85/2006 e la riforma dei reati di opinione. – **3.** La Decisione quadro 2008/913/GAI. – **4.** La novella introdotta con l. 115/2016. – **5.** Profili di criticità. – **6.** Conclusioni.

### Premessa

Il 28 giugno 2016, è stata pubblicata la legge n. 115 con la quale si attribuisce rilevanza penale alle affermazioni negazioniste della Shoah, dei fatti di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti rispettivamente dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale

internazionale<sup>1</sup>. Il legislatore interno, dando attuazione alla dec. quadro 2008/913/GAI, ha optato per una scelta moderata di incriminazione, prevedendo che tali affermazioni possano integrare – come meglio si dirà nel prosieguo – non un autonomo fatto di reato, bensì una circostanza aggravante dei delitti di propaganda razzista, di istigazione e di incitamento di atti di discriminazione commessi per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, puniti dall'art. 3, l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dapprima dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 (“decreto Mancino”) e, più di recente, dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85 (legge sui reati di opinione).

### 1. Il negazionismo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo

Il “negazionismo”<sup>2</sup> è un concetto con il quale si indica l'atteggiamento di grossolana minimizzazione o di scetticismo o addirittura di rifiuto nei riguardi di verità storiche aventi ad oggetto casi eclatanti di discriminazione, confutando l'esistenza di prove storiche e predicando l'inattendibilità della storiografia ufficiale o, talvolta, la violenza in danno di determinate comunità etniche o religiose; specularmente, rispetto alla negazione, assume rilievo l'atteggiamento di vera e propria “apologia”<sup>3</sup> di condotte discriminatorie legate a determinate vicende storiche.

<sup>1</sup> Legge 16 giugno 2016, n. 115 pubblicata in *G.U.* del 28 giugno 2016, n. 149, consultabile accedendo a [http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/originario;jsessionid=1LAXOZmsdmE36mv\\_RHCtaMg\\_.ntc-as3-guri2b?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-06-28&atto.codiceRedazionale=16G00124&elenco30giorni=false](http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario;jsessionid=1LAXOZmsdmE36mv_RHCtaMg_.ntc-as3-guri2b?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-06-28&atto.codiceRedazionale=16G00124&elenco30giorni=false).

<sup>2</sup> Sul tema, v. C. MEOLI, *Negazionismo e antinegazionismo in Europa*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa* in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2010, newsletter 22; S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni Costituzionali, Il Mulino*, dicembre 2013, pp. 879-904.

<sup>3</sup> Sui temi generali dell'istigazione e dell'apologia, C. VISCONTI, *I delitti di istigazione, apologia e pubblica intimidazione*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Torino, 2008, vol. III, pp. 1027 ss.; D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 246.

Negando tali verità storiche, si mostra un atteggiamento che spesso è indirettamente adesivo verso le condotte di chi si è reso responsabile di tali vicende storiche a sfondo discriminatorio. Da ciò la necessità, avvertita in ambito europeo, di attribuire penale rilevanza alla condotta in questione.

I casi storicamente più eclatanti di negazionismo riguardano le posizioni assunte, in sede politica o culturale, nei riguardi dell'olocausto e della *shoah*<sup>4</sup>. Non sono mancati, tuttavia, casi in cui il negazionismo ha riguardato altre vicende storiche<sup>5</sup>.

Sorto in limitati contesti territoriali per fronteggiare la reviviscenza dell'antisemitismo e evidentemente connesso all'esigenza di ripudiare gli orrori della Shoah, il reato di negazionismo ha progressivamente ampliato confini e portata applicativa.

Nel corso del tempo, infatti, il reato di negazionismo è stato codificato nella maggioranza dei paesi del nostro continente, ha dato origine ad una corpora giurisprudenza e, soprattutto, è stato codificato in modo che fosse suscettibile di applicazione ad un vasto spettro di manifestazioni del pensiero.

Questo sviluppo non avrebbe raggiunto gli stessi risultati se tale figura criminosa non avesse, nel frattempo, assunto una dimensione sovranazionale, sollecitando, da un lato, svariati interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo sfociati in un'articolazione di principi posti a fondamento delle successive e conseguenti evoluzioni normative in ambito europeo e, dall'altro, entrando a far parte delle politiche dell'Unione europea.

I principi fondamentali che la Corte EDU ha sviluppato costituiscono il risultato di una articolata elaborazione ermeneutica della formulazione dei due commi di cui si compone l'art. 10 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo. Il primo comma riconosce e ga-

rantisce il diritto alla libertà di espressione. Il secondo comma elenca, correlativamente, i limiti entro i quali tale libertà può legittimamente esplicarsi. Restrizioni possono essere adottate dalle autorità nazionali a tutela di una vasta gamma di interessi tra cui la prevenzione dei reati e la tutela dell'ordine pubblico, della reputazione e dei diritti altrui. In sintesi, lo scrutinio della Corte segue dei passaggi logici progressivi per vagliare se l'eventuale ingerenza delle autorità interne sia prevista dalla legge, quindi se miri a realizzare uno scopo legittimo e, infine, se sia necessaria in una società democratica e risulti proporzionata rispetto allo scopo perseguito.

Il punto in cui più penetrante si fa il sindacato europeo sulle scelte nazionali è rappresentato dalla valutazione sul profilo di "necessità", che si concretizza nell'accertamento in ordine alla sussistenza di un bisogno sociale preminente. Lo Stato sarà così chiamato a dimostrare che la misura adottata risponda ad una esigenza concreta alla luce del contesto socio-culturale specifico e rispetti il principio di proporzionalità.

La Corte riconosce agli Stati un certo margine di discrezionalità, in ragione della loro vicinanza culturale al luogo del fatto, che dovrebbe assicurare una valutazione più adeguata dei bisogni della comunità. A questa discrezionalità si accompagna, comunque, una supervisione europea delle scelte compiute dai governi, in quanto è in ogni caso la Corte a doversi pronunciare in via definitiva sulla loro compatibilità con la Convenzione.

Oltre alle restrizioni previste dal secondo comma dell'art. 10, la libertà di espressione trova un limite esterno, di natura eccezionale, nella clausola dell'"abuso del diritto" prevista dall'art. 17.

Tale disposizione è volta a garantire la difesa della democrazia da pericolose derive totalitarie e ad impedire una strumentalizzazione dei principi sanciti dalla Convenzione per limitarne o inibirne l'esercizio.

L'abuso del diritto rappresenta la codificazione di un compromesso tra la salvaguardia degli interessi generali della comunità ed il rispetto dei diritti individuali attraverso il quale la contrapposizione tra la libertà di espressione e, ad esempio, il diritto alla protezione contro le manifestazioni discriminatorie non viene risolto per mezzo del classico strumento conciliativo del bilanciamento – soggetto inevitabilmente a risultati divergenti, variabili a seconda delle circostanze del caso concreto –, bensì neutralizzando tale conflitto mediante la stigmatizzazione in termini di illiceità penale delle affermazioni discriminatorie, che conseguentemente, si ritiene fuoriescano dall'ambito esplicativo del diritto di parola.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è evoluta nel senso che le attività in contrasto con i valori sottostanti alla CEDU, talora identificate anche come quelle contrarie al testo e allo spirito della stessa, debbano considerarsi estromesse dall'ambito di

<sup>4</sup> Un caso di negazionismo approdato alle cronache giudiziarie è quello del professore inglese David Irving, condannato in Austria a 3 anni di reclusione per aver negato l'olocausto.

<sup>5</sup> Emblematica la vicenda che ha formato oggetto della recente sentenza della CEDU nel caso *Perinçek c. Svizzera* (la pronuncia è del 17 dicembre 2013) relativa alla condanna inflitta dallo Stato elvetico nei confronti di un soggetto che, nel corso di alcune conferenze, aveva esplicitamente negato che il massacro perpetrato dall'Impero ottomano nei confronti del popolo armeno a partire dal 1915 fosse da qualificare come "genocidio", sostenendo che si trattasse di uno sterminio giustificato da ragioni belliche. Il codice penale svizzero prevede espressamente come reato (art. 261-bis, 4° alinea) la condotta di chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità. Nell'indagare la conformità alla CEDU della condanna definitiva emessa dai giudici svizzeri, la Corte EDU ha, in questo caso, adottato una decisione favorevole al ricorrente, sostenendo che la condanna subita dal *Perinçek* per contestazione di crimini di genocidio o contro l'umanità è in contrasto con la libertà di espressione.

protezione convenzionale in quanto estranee ai principi e valori di cui è portatrice.

La Corte ha progressivamente ed in maniera sempre più esplicita identificato l'oggetto di tutela dell'art. 17 nella democrazia, intesa non solo come approccio metodologico alla gestione della cosa pubblica, ma anche come sistema di valori. Esisterebbero cioè dei valori coesenziali alla Convenzione EDU, quali l'assoluto ripudio di nazismo e totalitarismo ed il rispetto dei diritti umani, da tutelare contro qualunque insidia o tentativo di erosione.

Secondo un certo orientamento<sup>6</sup>, tale approccio desta non poche preoccupazioni in ragione della indeterminatezza del catalogo dei "valori sottesi alla Convenzione" che segna una costante espansione delle condotte che rispetto ad essa si pongano in una posizione di incompatibilità o di conflitto: all'originario rigetto del totalitarismo si sono via via aggiunti dapprima la pace e la giustizia, poi i valori connessi alla democrazia, poi ancora la tolleranza, il rispetto per l'eguale dignità umana, la non discriminazione e la pace sociale, ed infine la risoluzione pacifica dei conflitti, anche internazionali, e la sacralità della vita umana.

Si considera, così, particolarmente insidioso per la libertà di espressione l'evanescenza dei principi e valori che costituiscono espressione dello "spirito" sotteso alla CEDU, in ragione dei quali si giustificherebbe la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

Al tempo stesso, non si può sottovalutare la funzione svolta dall'abuso del diritto in relazione a certi tipi di espressioni. È indubbio, ad esempio, che in alcuni paesi la negazione della Shoah è percepita, per evidenti ragioni storiche, come una subdola esaltazione del nazismo e come forma di antisemitismo. In questa prospettiva si ritiene condivisibile il ricorso all'art. 17 quale strumento di ausilio ermeneutico nell'ambito di un giudizio che resti pur sempre improntato al bilanciamento fra interessi confliggenti nell'ambito di determinati contesti socio culturali nei quali il discorso negazionista possa avere concreti profili di offensività, traducendosi in una manifestazione del pensiero con effetti di istigazione o apologia della discriminazione o dell'odio razziale.

Di fatti, è proprio con specifico riferimento alla negazione della Shoah che la Corte ha notevolmente dilatato l'ambito di applicazione dell'abuso del diritto ed ha ritenuto di dover prescindere dai criteri selettivi basati sulla gravità, emersi in relazione alle altre espressioni giudicate in contrasto con i valori convenzionali<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2014, p. 1815.

<sup>7</sup> Nel caso Dieudonné M'Bala M'Bala c. Francia (ric. 25239/13), è stata sottoposta all'attenzione della Corte di Strasburgo la condanna di un famoso comico francese, reo di aver offerto ampia

Nella generalità dei casi, comunque sia, la Corte procede ad una valutazione di bilanciamento ai sensi dell'art. 10, secondo i parametri che si sono indicati, nella prospettiva che la libertà di espressione incontri limiti ben definiti, sostanzialmente individuati nell'istigazione all'odio razziale ovvero nella manifestazione di disprezzo per le vittime.

Sulla stessa lunghezza d'onda, si muove l'ultima produzione normativa dell'Unione Europea, intervenuta anche con l'obiettivo di un coordinamento ed una uniformazione della legislazione degli Stati europei in materia, con tutte le problematiche che ne derivano in ordine alle possibili e concrete frizioni con statuizioni e i principi costituzionali vigenti in ciascuno Stato.

## 2. Il negazionismo nella normativa Italiana in una prospettiva costituzionale

In Italia, in un quadro giurisprudenziale ancora poco organico, per lungo tempo si è escluso e di fatto, ancora oggi si esclude, pur a seguito della più recente modifica normativa oggetto del presente contributo, che il negazionismo integri un'autonoma ipotesi di reato, a meno che non si accompagni all'incitamento alla violenza o alla discriminazione. Correlativamente, quanto all'apologia del razzismo, laddove essa sia riconducibile alle nozioni di "propaganda" o di "istigazione", ovvero implichi l'impiego e l'esibizione di simboli che richiamino le organizzazioni razziste, si può ritenere che essa sia punibile per la legge italiana. Va aggiunto che la legge n. 962/1967, oltre a punire il genocidio e altre condotte connesse, sanziona penalmente, all'art. 8, sia l'apologia del genocidio che la pubblica istigazione a commettere alcuno dei delitti di genocidio previsti dalla legge stessa.

### 2.1. La legge 654/1975 di ratifica della Convenzione di New York

Sul piano del diritto positivo italiano, le disposizioni penali che puniscono le manifestazioni di discrimi-

visibilità ad un noto negazionista, il quale è stato fatto salire sul palco durante uno spettacolo teatrale per ricevere il «premio dell'infrequentabilità e dell'insolenza» (un candelabro a tre braccia, al cui vertice erano collocate tre mele) da parte di un soggetto vestito con un pigiama a strisce con una stella di David cucita sopra (indumento qualificato dal comico come «abito di luce»). Davanti ad un caso siffatto, anziché procedere a vagliare la sussistenza delle condizioni imposte dall'art. 10 CEDU per la limitazione della libertà di espressione, la Corte ha evocato l'art. 17 CEDU, volto a sancire il divieto dell'abuso di diritto: nella prospettiva della Corte la condotta di Dieudonné non beneficia delle garanzie sancite dall'art. 10 in quanto caratterizzata dal ricorso meramente strumentale alla libertà di espressione, teso a perseguire fini discriminatori, istigando all'odio razziale, in contrasto con il divieto di discriminazione stabilito dall'art. 14 CEDU. L'impostazione adottata in tale sentenza è perfettamente in linea con il consolidato orientamento della Corte di tema di negazionismo della Shoah, secondo il quale la giustificazione di politiche filo-naziste non rientra nel perimetro della libertà di espressione.

nazione razziale derivano dalla ratifica della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, intervenuta con la legge 13 ottobre 1975, n. 654.

Nella sua formulazione originale, l'art. 3, comma 1, della legge, in attuazione della disposizione di cui all'art. 4 della Convenzione, puniva con la reclusione da uno a quattro anni (lett. a) «chi *diffonde in qualsiasi modo* idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale», ovvero (lett. b) «chi *incita* in qualsiasi modo alla discriminazione, o *incita* a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale». La fattispecie criminosa contiene peraltro una clausola di salvaguardia («salvo che il fatto costituisca più grave reato»).

Erano poi puniti dallo stesso articolo (al comma 2) con la reclusione da uno a cinque anni i partecipanti (o coloro che prestino assistenza) ad associazioni od organizzazioni aventi tra gli scopi quello «di incitare all'odio o alla discriminazione razziale»; per i capi o promotori di siffatte organizzazioni o associazioni la pena era aumentata.

L'intervento legislativo di ratifica nasce dall'impegno assunto dagli Stati firmatari della Convenzione (art. 4), che obbliga detti Stati a «dichiarare crimini punibili dalla legge, *ogni diffusione di idee* basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni *incitamento* alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di *violenza, od incitamento a tali atti* diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento», nonché a «dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività».

Gli aspetti critici che caratterizzano le fattispecie che incriminano la diffusione delle idee razziste e, in qualche maniera, quelle che puniscono l'incitamento alla discriminazione razziale riguardano, da un lato, la nozione di *diffusione delle idee* e quella di *incitamento*; dall'altro, il possibile conflitto fra principi generali di portata anche costituzionale e, in particolare, tra principio di uguaglianza, da cui deriva il divieto di qualunque forma di discriminazione, e quello di libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.).

Questo è certamente uno degli aspetti più significativi della problematica legata alle norme penali antidiscriminatorie, sul quale si è fondato a lungo il dibattito dottrinale in materia.

## 2.2. La legge Mancino (d.l. 122/1993 convertito nella legge 205/1993)

Un più organico intervento legislativo, avente ad oggetto le norme che sanzionano penalmente le con-

dotte discriminatorie di discriminazione, si ha con il decreto legge 122/1993, convertito con modifiche nella legge 205/1993.

La novella legislativa introduce modifiche significative al già citato articolo 3 della legge 654/1975.

Viene introdotta una specifica aggravante che così recita:

«1. per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà.

2. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

Si tratta, evidentemente, di un caso di aggravante non soggetta a giudizio di bilanciamento, suscettibile di applicazione nelle ipotesi in cui il fatto (costituente qualsivoglia reato, purché punito con pena diversa dall'ergastolo) per *finalità di discriminazione o odio (etnico, nazionale, razziale o religioso)*, ovvero *di agevolazione dell'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità*.

Vengono modificati i limiti edittali della disposizione di cui all'originario comma 1 e viene in qualche modo estesa alle discriminazioni religiose l'azione di repressione penale<sup>8</sup>.

Infatti il nuovo testo dell'art. 3 comma 1 della legge 654/1975, novellato dalla legge Mancino, punisce: «a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

Emerge con una certa evidenza che, nell'ambito di una operazione di complessiva attenuazione delle conseguenze sanzionatorie, vengono distinte le condotte di mera «diffusione delle idee» e di mero «incitamento alla discriminazione», punite con pena meno elevata, da quelle di incitamento alla violenza, o violenza, o provocazione alla violenza, punite più gravemente (ma sempre con pene meno elevate rispetto alla previsione originaria); a fronte di ciò, assume rilievo – in aggiunta alla discriminazione per motivi razziali, nazionali o etnici – quella per motivi religiosi.

<sup>8</sup> In senso critico, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, pp. 90 ss.

Analoghe modifiche (lieve contenimento delle pene, estensione della repressione alle forme di discriminazione di tipo religioso) intervengono con riferimento al novellato capoverso 3 dell'art. 3 c. 1 l. 654/1975, che punisce chi a vario titolo partecipa ad associazioni, organizzazioni, movimenti o gruppi aventi finalità discriminatorie.

Il quadro sanzionatorio è poi completato dall'introduzione delle sanzioni accessorie di cui ai commi da 1-bis a 1-sexies.

Viene poi codificata una nuova fattispecie di reato che punisce *“chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3”* della legge 654/1975.

Restano fermi, tuttavia, gli evidenziati profili di criticità in ordine al potenziale conflitto della normativa in questione con il diritto fondamentale di cui all'art. 21 Cost.

### 2.3. La legge 85/2006 e la riforma dei reati di opinione

Nel quadro di una più complessa e articolata riforma dei reati di opinione, la recente legge 85/2006, all'art. 13, ha ulteriormente modificato l'art. 3 comma 1 della legge 654/1975.

In particolare:

- alla lettera a), vengono modificati gli elementi costitutivi della condotta penalmente rilevante: è punito non più chi *“diffonde in qualsiasi modo”*, ma chi *“propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico”*; non più chi *“incita”*, ma chi *“istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”*;
- alla lettera b), è ora punito non più chi *“incita”*, ma chi *“istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”*.

Le modifiche apportate dalla l. 85/2006, nel sostituire il concetto di “diffusione” con quello di “propaganda” e la nozione di “incitamento” con quella di istigazione, non si esauriscono in una mera variazione terminologica che non implica alcuna conseguenza sul piano sostanziale perché le nozioni di *propaganda* e di *istigazione* hanno un contenuto più ristretto di quello proprio rispettivamente delle nozioni di *diffusione* e di *incitamento*. Esse consentono una più agevole risoluzione dell'evidenziato conflitto con il diritto garantito dall'art. 21 Cost. ed una più agevole interpretazione costituzionalmente orientata, sulla scia delle indicazioni offerte nel tempo dalla Consulta e seguite dalla giurisprudenza di legittimità.

Sia pure in termini meno radicali, conformemente ai principi enunciati dalla Corte Edu con riguardo ai limiti della libertà di espressione, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità dell'incriminazione

di talune manifestazioni del pensiero ove preordinata alla salvaguardia dell'ordine pubblico o della dignità umana<sup>9</sup>.

Si pensi alle molteplici pronunce volte a riconoscere la legittimità dei delitti di “pubblicazioni e spettacoli osceni” ai sensi dell'art. 528 c.p. e “pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante”, ai sensi dell'art. 15, l. 2 febbraio 1948, n. 47 (c.d. legge sulla stampa).

Così, con riferimento alla prima fattispecie, la sentenza n. 368 del 1992 ha chiarito che il *“buon costume, considerato quale limite costituzionale al diritto fondamentale di libera manifestazione del proprio pensiero”, “denota le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)”*<sup>10</sup>: osservazioni che ritornano anche nella successiva pronuncia del 17 luglio 2000, n. 293, che nel delineare l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 15, l. 2 febbraio 1948, n. 47, ha illustrato che *«solo quando la soglia dell'attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento. E a spiegare e a dar ragione dell'uso prudente dello strumento punitivo è proprio la necessità di un'attenta valutazione dei fatti da parte dei differenti organi giudiziari, che non possono ignorare il valore cardine della libertà di manifestazione del pensiero. Non per questo la libertà di pensiero è tale da inficiare la norma sotto il profilo della legittimità costituzionale, poiché essa è qui concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana. ... La descrizione dell'elemento materiale del fatto-reato, indubbiamente caratterizzato dal riferimento a concetti elastici, trova nella tutela della dignità umana il suo limite, sì che appare escluso il pericolo di arbitrarie dilatazioni della fattispecie, risultando quindi infondate le censure di genericità e indeterminatezza. Quello della dignità della*

<sup>9</sup> Cfr. G. DI BIASE, *Vecchie e nuove criticità nei cd. Reati di opinione*, in *neldiritto.it*.

<sup>10</sup> C. Cost. sent. 27 luglio 1992, n. 368, in cui si chiarisce che *«il giudice che si trovi ad applicare la norma contenuta nell'art. 528 del codice penale, la quale punisce chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione, detiene scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie, deve aver presente, come ha precisamente avvertito la più recente giurisprudenza di legittimità, che la misura di illiceità dell'osceno è data dalla capacità offensiva di questo verso gli altri, considerata in relazione alle modalità di espressione e alle circostanze in cui l'osceno è manifestato. E tale capacità, come ha precisato lo stesso giudice, non può certo riscontrarsi nelle ipotesi in cui l'accesso alle immagini o alle rappresentazioni pornografiche non sia indiscriminatamente aperto al pubblico, ma sia riservato soltanto alle persone adulte che ne facciano richiesta»*.

*persona umana è, infatti, valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale. Nella stessa chiave interpretativa si dissolvono i dubbi sul fondamento della previsione incriminatrice. Onde non v'è lesione degli artt. 3, 21 e 25 della Costituzione»<sup>11</sup>.*

Ancora più significativi gli interventi della Consulta che, nel rigettare le deferite questioni di legittimità costituzionale, hanno offerto un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni incriminatrici impugnate, subordinandone la configurabilità ad un'effettiva offesa dell'ordine pubblico.

Si pensi alla questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento al citato art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645, che nel dare attuazione alla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, punisce in generale le "manifestazioni fasciste". La prospettazione secondo cui tale disposizione si poneva in contrasto col disposto di cui all'art. 21 Cost è stata rigettata con pronuncia del 25 novembre 1958, n. 74, secondo cui il legislatore, «dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che ... possono determinare il pericolo che si è voluto evitare. La denominazione di 'manifestazioni fasciste' adottata dalla legge del 1952 e l'uso dell'avverbio 'pubblicamente' fanno chiaramente intendere che, seppure il fatto può essere commesso da una sola persona, esso deve trovare nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali, da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste».

Tali conclusioni si pongono in continuità con la più sentenza del 4 maggio 1970, n. 65, che pur rigettando la questione di legittimità costituzionale del delitto di apologia di reato ex art. 414, co. 3, c.p., ne ha radicalmente rivisto le caratteristiche e la ratio, chiarendo come la disposizione in parola non punisca qualunque condotta apologetica: «Diversa dalla critica alla legge, dalla propaganda per il suo aggiornamento, dal giudizio favorevole sui moventi dell'autore, che sono tutte lecite manifestazioni di pensiero, è la pubblica apologia diretta, e idonea, a provocare la violazione delle leggi penali. Plaudire a fatti che l'ordinamento giuridico punisce come delitto e glorificarne gli autori è da molti

<sup>11</sup> Così C. Cost., 17 luglio 2000, n. 293, che ha formulato rilievi in larga parte ribaditi con la successiva ordinanza del 5 aprile 2002, n. 92, ove si è statuito che «la norma impugnata, nel vietare gli stampati idonei a 'turbare il comune sentimento della morale', pone come termine di riferimento dell'offesa quel 'contenuto minimo', comune alle diverse concezioni etiche presenti nella società contemporanea, che si identifica sostanzialmente 'nel rispetto della persona umana': valore, questo, 'che anima l'art. 2 Cost.', alla luce del quale va dunque letta la previsione punitiva denunciata».

*considerata una ipotesi di istigazione indiretta: certo è attacco contro le basi stesse di ogni immaginabile ordinamento apologizzare il delitto come mezzo lodevole per ottenere l'abrogazione della legge che lo prevede come tale. Non sono concepibili, infatti, libertà e democrazia se non sotto forma di obbedienza alle leggi che un popolo libero si dà liberamente e può liberamente mutare. L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti. Si vuole ricordare, a chiarimento, che la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema».*

Questa impostazione ha del resto trovato riscontro nella successiva declaratoria di «illegittimità costituzionale dell'art. 415 del codice penale nella parte in cui punisce chiunque pubblicamente istiga all'odio fra le classi sociali, in quanto il medesimo articolo non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità»<sup>12</sup>.

Nell'ottica della generale valorizzazione del principio di offensività, i principi enunciati nelle menzionate sentenze hanno trovato pressoché unanime recepimento nella successiva giurisprudenza di merito e di legittimità, con particolare riferimento ai reati di opinione.

Si pensi a quanto stabilito dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione, sez. III, 23 giugno 2015, n. 36906<sup>13</sup>, che ha specificato come nei reati previsti dall'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, «Il bene giuridico protetto ... non è costituito solo dall'ordine pubblico, il quale, anzi, per taluni ha rilevanza solo indiretta, ma dalla tutela della dignità umana come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dal

<sup>12</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 108/1974, nell'ambito della quale si ritiene sia particolarmente significativo il seguente passaggio argomentativo: «Le teorie della necessità del contrasto e della lotta tra le classi sociali sono dottrine che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza e delle concezioni e convinzioni politiche, sociali e filosofiche dell'individuo appartengono al mondo del pensiero e dell'ideologia. L'attività di esternazione e di diffusione di queste dottrine, che non suscitò di per sé violente reazioni contro l'ordine pubblico o non sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, non ha finalità contrastanti con interessi primari costituzionalmente garantiti e pertanto qualsiasi repressione o limitazione di essa viola la libertà consacrata nell'art. 21 della Costituzione».

<sup>13</sup> La Corte ha ritenuto estranea alla previsione incriminatrice l'attività di diffusione, nel corso di una competizione elettorale, di un volantino che recava la scritta "basta usurai-basta stranieri" e raffigurava soggetti appartenenti a plurime etnie, razze e nazionalità nel compimento di attività delittuose o contrarie agli interessi economici italiani.

d.lgs. n. 215 del 2003, art. 2 nel quale si fa esplicito riferimento alla dignità della persona. ... Questa Corte di legittimità, peraltro, anche nella sua giurisprudenza in materia di discriminazione razziale ha sempre cercato di applicare il principio che, nel possibile contrasto fra la libertà di manifestazione del pensiero e la pari dignità dei cittadini, va data preminenza a quest'ultima solo in presenza di condotte che disvelino una concreta pericolosità per il bene giuridico tutelato. In altri termini, si è cercato di affermare che il bilanciamento di principi di rango costituzionale, che è in qualche modo sempre insito nell'analisi delle fattispecie criminose in esame, non deve portare a una compressione del principio di libera espressione sulla sola base di una valutazione astratta della pericolosità, quanto meno in quei casi nei quali il tipo di condotta contemplata nel paradigma della norma sanzionatrice non sia intrinsecamente caratterizzato da una carica offensiva suscettibile di recare pregiudizio al valore egualitario e non discriminatorio del principio di cui all'art. 3 Cost.»<sup>14</sup>.

Tale orientamento ha trovato conferma nelle molteplici declaratorie di manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate innanzi alla Corte di Cassazione in relazione al citato art. 3, che a quanto risulta non è mai stato portato al vaglio del giudice delle leggi.

Tornando, infatti, all'analisi del testo delle norme di cui al menzionato art. 3, la rimodulazione intervenuta a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 85/2006 ne consente certamente, come si è accennato, una più agevole interpretazione costituzionalmente orientata.

Quanto alla propaganda, infatti, essa – come anche ha sostenuto la Corte costituzionale<sup>15</sup> – non è una semplice divulgazione di idee da poter portare a conoscenza di altri, ma consiste in un'azione più specifica il cui risultato è rivolto ad influire sulla psicologia e sull'altrui comportamento e, pertanto, implica che la diffusione sia idonea a raccogliere consensi intorno all'idea espressa e divulgata.

Così anche per l'istigazione: la sostituzione della condotta di incitamento con quella di istigazione, lungi dall'essere superflua, determina conseguenze significative in quanto l'istigazione non si concretizza in un semplice sostegno o in una mera adesione.

La condotta di chi non si limita a diffondere, ma propaganda idee inaccettabili di superiorità o di odio

razziale è tale da mettere in concreto pericolo la sicurezza e l'incolumità pubblica perché, appunto, implica non solo la semplice condivisione di idee con un numero elevato e indeterminato di persone, ma anche, da un lato, l'espressa adesione dell'agente alle idee oggetto di diffusione e, dall'altro, l'invito rivolto a terzi ad aderire a loro volta a quelle idee.

Condotte di propaganda di questo tipo mettono in concreto pericolo la dignità umana, riguardata sotto l'angolo prospettico del diritto a non subire discriminazioni. In quest'ottica, l'esigenza di proteggere tale valore può giustificare la stigmatizzazione della propaganda, non della mera diffusione, di idee fondate sull'odio o sulla superiorità della razza<sup>16</sup>.

Analogamente è a dirsi con riferimento all'istigazione a commettere atti di discriminazione che rileva penalmente nell'ipotesi in cui la condotta determini un pericolo concreto e attuale per altri beni costituzionalmente tutelati che il potere legislativo ha il diritto di prevenire attraverso la previsione di apposite fattispecie delittuose.

Ancora nell'ottica di una lettura costituzionalmente orientata delle fattispecie vigenti in materia di discriminazione, quanto alla norma che sanziona penalmente la condotta di chi promuova o diriga organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi fra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, come pure la condotta di chi partecipi a taluna delle suindicate aggregazioni, parte della giurisprudenza e in modo particolare la Corte di Cassazione, ha sostenuto che tale previsione non violi l'art. 18 Cost.<sup>17</sup> perché la discriminazione prevista dalla norma penale in questione è solo quella realizzabile mediante atti di coercizione fisica o morale suscettibile di integrare di volta in volta gli estremi di reati quali la violenza privata, l'estorsione, le lesioni volontarie<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> G. PAVICH e A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Dir. Pen. Contemp.*, p. 34 e ss.

<sup>17</sup> La norma garantisce il diritto dei cittadini di associarsi liberamente senza autorizzazione per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale

<sup>18</sup> Sul punto, però, cfr. *ibidem*, G. PAVICH e A. BONOMI: «se anche si vuole accogliere questa lettura che renderebbe compatibile la norma de qua con il principio di cui all'art. 18 Cost., non così altrettanto scontata pare la compatibilità della stessa norma con altri articoli costituzionali: il riferimento è innanzitutto all'art. 21 Cost., dal momento che la norma medesima, da un lato, punisce in sé l'attività di promozione e partecipazione ad organizzazioni razziste indipendentemente dagli effetti concreti prodotti da queste attività e, dall'altro, allude ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi fra i propri scopi l'incitamento e non l'istigazione alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, con la conseguenza che dunque possono riproporsi le osservazioni articolate in precedenza relativamente alle due differenti nozioni di incitamento e di istigazione e alle implicazioni in punto di esperibilità di una

<sup>14</sup> Nello stesso senso, cfr. Cass., sez. I, 22 maggio 2015, n. 42727, secondo cui: «Il reato di incitamento alla violenza ed atti di provocazione commessi per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, previsto dall'art. 3, comma primo, lett. b), legge 13 ottobre 1975 n. 654 e successive modificazioni, è un reato di pericolo che si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia accolta dai destinatari, essendo tuttavia necessario valutare la concreta ed intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta, con riferimento al contesto specifico ed alle modalità del fatto».

<sup>15</sup> Cfr. la sent. n. 87 del 1966.



La previsione, infine, che vieta di compiere in pubbliche riunioni manifestazioni esteriori o di ostentare emblemi o simboli propri o usuali di tipo razzista, secondo alcuni<sup>19</sup> fonderebbe la propria legittimità costituzionale sul dato che le condotte ivi previste risultano offensive del cosiddetto ordine pubblico in senso materiale, cioè della condizione di pacifica convivenza". In questa prospettiva, del resto, va intesa la circostanza che il legislatore abbia previsto la punibilità delle manifestazioni esteriori e dell'ostentazione di emblemi o simboli solo se realizzati in pubbliche riunioni, cioè in riunioni potenzialmente diffusive dell'azione idonea a connotare in termini di antiggiuridicità penale comportamenti altrimenti leciti.

### 3. La Decisione quadro 2008/913/GAI

A fronte di uno scenario normativo europeo frastragliato in fatto di criminalizzazione delle condotte discriminatorie il Consiglio dell'Unione Europea è intervenuto approvando, dopo una lunga elaborazione, la Decisione quadro 2008/913/GAI. Nonostante l'asserito intento di armonizzare le misure penali di contrasto a razzismo e xenofobia, si ritiene che lo scopo principale di tale atto europeo risieda nell'incentivare l'adozione di una fattispecie di negazionismo molto ampia. Ad oggi, in ogni caso, l'obiettivo dell'armonizzazione appare lontano, restando le diverse figure criminose nazionali legate a logiche storiche, politiche e sociali interne. Resta il dato incontrovertibile che la citata Decisione quadro ha tracciato una "soglia minima" di intervento penale, comune a tutti i paesi membri dell'UE.

L'art. 1 della decisione prevede che gli Stati adottino misure necessarie affinché siano punite, con «sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive» (art. 3 § 1) «[...] che prevedono la reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni» (art. 3 § 2), le condotte di: [...] (lett. c) «[...] apologia, [...] negazione o [...] minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica», alla condizione indefettibile che «i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro»; nonché [lett. d)]

interpretazione adeguatrice in ordine ad esse; in secondo luogo non si può non fare riferimento all'art. 25, comma 2 Cost., in relazione all'indeterminatezza del precetto penale suscettibile di pregiudicare lo stesso diritto di difesa, atteso che, ad es., non è chiaro affatto ma è lasciato al giudizio soggettivo del giudice di individuare la condotta di partecipazione ad organizzazioni che hanno i predetti scopi».

<sup>19</sup> Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, p. 639.

i medesimi fatti relativi ai crimini di cui all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945.

L'apologia, la negazione, la minimizzazione grossolana sono concetti autonomi che fanno riferimento a condotte distinte, sebbene talvolta difficili da scindere in concreto. Tuttavia, poiché ai fini della loro rilevanza penale non basta che sia integrato l'elemento materiale, ma occorre che esse siano *pubblicamente dirette* contro un gruppo o un suo membro e *idonee a istigare*, sembra che debba concludersi nel senso che a rilevare penalmente non sia la negazione in sé, ma quelle manifestazioni del pensiero che si traducano in una istigazione indiretta.

In effetti, pare potersi desumere dal tenore della decisione in oggetto che il nucleo centrale dell'incriminazione a livello europeo sia costituito da una nozione di negazionismo qualificato dalla capacità istigatoria e non di negazionismo puro<sup>20</sup>. La decisione quadro, del resto, attribuisce agli Stati la facoltà di circoscrivere ulteriormente la rilevanza penale delle condotte: l'art. 1 § 2 prevede che «gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi»; mentre ai sensi del § 4 solo per la negazione e minimizzazione grossolana: «[a]ll'atto dell'adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui [le] renderà punibili [...] solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale».

È necessario, poi, operare una precisazione: l'art. 1 della decisione quadro non si limita a prevedere quale oggetto delle condotte da penalizzare la sola *Shoah* (cui implicitamente rinvia, menzionando l'art. 6 dello statuto del Tribunale internazionale di Norimberga), ma contempla altresì i crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra, scelta che, come si è visto, è già stata recepita anche dal nostro legislatore.

### 4. La novella introdotta con l. 115/2016

Si è analizzato come, per la giurisprudenza della Consulta e della Corte di Cassazione, la punizione di manifestazioni del pensiero possa dirsi conforme alla Carta fondamentale soltanto in presenza di condotte *concretamente lesive* del bene giuridico tutelato, per lo più identificato nell'ordine pubblico o nella dignità umana.

Tali indiscusse considerazioni sono state valorizzate al fine di valutare in che termini dare attuazione alla menzionata decisione quadro. In questa prospettiva,

<sup>20</sup> G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. Pen. Contemp.*, p. 6.

si è discusso in ordine alla opportunità di configurare il negazionismo quale autonoma fattispecie incriminatrice.

Un primo orientamento si è espresso nel senso della legittimità di un'eventuale incriminazione del genere, da configurare come lesiva non tanto dell'ordine pubblico, quanto della dignità umana «*quale insieme delle condizioni necessarie a uno sviluppo della persona che le consenta di vivere un'esistenza piena*», riguardata non in una dimensione individuale, ma «*collettiva ... come umanità, o come senso di umanità. Ancorché non rientri nella definizione tecnica di crimine contro l'umanità di cui all'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale, il negazionismo sembra presentare un profilo caratteristico dei crimini contro l'umanità, perché negare la realtà di un genocidio e dei suoi principali referenti simbolici significa negare l'umano violato nei campi di sterminio e, così facendo, predicare il disumano*<sup>21</sup>».

La lettura favorevole all'introduzione di un'incriminazione supplementare sembrerebbe peraltro trarre conforto dall'assenza di condanne di esternazioni negazioniste in applicazione dei già vigenti reati di opinione: l'unico caso che risulta giunto al vaglio della magistratura italiana si è, infatti, concluso con un'assoluzione piena<sup>22</sup>.

Secondo altra impostazione<sup>23</sup>, il reato di negazionismo troverebbe copertura nella normativa vigente. Se è vero che l'art. 21 Cost. non preclude di per sé l'incriminazione delle manifestazioni del pensiero, si è visto come il consolidato indirizzo interpretativo della Consulta e della Suprema Corte subordini una tale opzione legislativa ad esternazioni obiettivamente

lesive: il che preclude l'irrogazione di sanzioni penali nei confronti di condotte che non sfocino nella pubblica istigazione (risultando pertanto punibili in virtù degli artt. 414 c.p. e 8 l. 962/67) ovvero nella concreta lesione della dignità umana (risultando in quanto tali sussumibili nell'art. 3 l. 654/75). Peraltro, l'illustrata decisione quadro 2008/913/GAI, alla luce della normativa interna già vigente, non sembrava imporre un intervento legislativo volto alla introduzione di una fattispecie autonoma di reato, prescrivendo l'incriminazione delle sole negazioni affermate pubblicamente ed in modo atto a istigare alla violenza o all'odio, in quanto tali già punibili in forza delle disposizioni in precedenza evocate.

Tali osservazioni sembrano aver trovato seguito nel dibattito parlamentare che ha condotto alla riforma di cui si discute che non pare abbia determinato alcuna innovazione dei confini del penalmente lecito, comportando un mero inasprimento di pena, ancorché dalla misura tutt'altro che trascurabile, specie a seguito delle modifiche da ultimo apportate in Senato.

Il legislatore italiano ha, infatti, ritenuto di dare attuazione alla menzionata decisione quadro istituendo una specifica aggravante della normativa più generale che punisce la propaganda *del* o l'istigazione *al* razzismo (legge 13 ottobre 1975, n. 654). Si è proceduto in tal senso inserendo un nuovo comma (3-bis) all'art. 3 della suddetta legge, il quale vieta ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, e che ne sanziona con pene detentive la partecipazione (da sei mesi a quattro anni) e la promozione o direzione (da uno a sei anni). Questo il testo del nuovo comma:

**«Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».**

Rispetto all'art. 3, d.l. 26 aprile 1993, n. 122 conv., che disciplina come aggravante comune la circostanza che il fatto di reato sia commesso per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, la novella introduce un'aggravante speciale, che si applica, cioè, solo alle fattispecie di propaganda, istigazione o incitamento previste dall'art. 3 della legge contro il razzismo del 1975. Si tratta proprio dei delitti di *propaganda* di idee razziste e di *istigazione* alla commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, 1° co., lett. a); dei delitti di *istigazione* alla commissione di atti di violenza o di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, 1° co., lett.

<sup>21</sup> CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, cit. pp. 37 e 41. Secondo l'Autore, plasmare l'incriminazione sulla lesione della dignità umana sarebbe di gran lunga preferibile rispetto al ricorso all'ordine pubblico, il quale costituirebbe un bene giuridico dal carattere sfuggente, tale da configurare un'incriminazione necessariamente oscillante tra le categorie del pericolo astratto e del pericolo concreto, repute entrambe insoddisfacenti (l'una in quanto contrassegnata da una presunzione assoluta di pericolo in funzione della repressione della disobbedienza come tale, l'altra dall'ostica prova di una concreta idoneità istigatoria, secondo i canoni della causalità psichica). Cfr. *ibidem*, pp.32 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Trib. Roma, sez. VI, 12 novembre 2013, n. 18931, secondo il quale «Non è integrato il reato di diffusione o propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale (art. 3 comma 1, lett. a) l.654/75) se la divulgazione e manifestazione di idee raggiunge solo un numero ristretto di persone ... Ripartire tesi negazioniste dell'Olocausto in modo asettico, senza utilizzare termini indicativi della superiorità del popolo ariano e senza manifestare odio verso il popolo ebraico non integra il reato di diffusione o propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale». (Nel caso di specie si trattava di tesi negazioniste dell'Olocausto espresse da un professore di storia dell'arte ad un'alunna al di fuori dell'orario di lezione, anche se ascoltate da altro alunno, e in un successivo consiglio di classe con due colleghi).

<sup>23</sup> FRONZA-GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*.

b); dei delitti di partecipazione, assistenza, promozione, direzione di un'organizzazione, un'associazione, un movimento o un gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, 3° co.).

Si osservi che i delitti cui può applicarsi l'aggravante in questione, diversamente da quanto previsto nelle precedenti versioni del d.d.l., non sono tutti quelli contemplati dall'art. 3, l. n. 654/1975, bensì solo quelli che si estrinsecano in una forma di manifestazione del pensiero (propaganda, istigazione, incitamento). La circostanza – che comporta l'irrogazione della pena della reclusione da 2 a 6 anni – non è, dunque, applicabile agli atti di discriminazione violenta e non, mentre lo è alle condotte associative dell'art. 3 co. 3.

## 5. Profili di criticità

Ad una prima lettura, pare in primo luogo evidente che la l. n. 115/2016, sollecitata dalla decisione quadro, non vi adempia adeguatamente. Il comma 3 *bis*, infatti, contempla la sola negazione e non anche le condotte di minimizzazione grossolana e, al tempo stesso ha per oggetto la «propaganda», cui invece non si fa affatto riferimento nella Decisione 2008/913/GAI.

La condotta di apologia, essendo già punibile *ex art.* 8 comma 2 della L. 9 ottobre 1967, n. 962, non necessitava, invece, di alcun adattamento.

Quanto al profilo sanzionatorio, la novella eccede di molto il limite edittale (“minimo del massimo”) stabilito con la decisione quadro.

Inoltre, la configurazione della previsione alla stregua di una circostanza aggravante speciale del più volte citato art. 3, co. 1, l. 654/75, non determina alcuna estensione delle condotte penalmente rilevanti, comportando un mero inasprimento di pena. Tale considerazione è sintomatica del ruolo pericolosamente paradigmatico della riforma. Tanto si sostiene anche alla luce della concreta esiguità delle ipotesi di negazionismo oggetto di processi penali nel nostro Paese.

Infine, non può non rilevarsi che, per come strutturata, la norma pone non pochi problemi di compatibilità con il principio di legalità.

La natura del bene giuridico protetto, infatti, avrebbe richiesto il ricorso ad elementi costitutivi, per quanto possibile, descrittivi.

La novella, al contrario, non sembra tenere conto di questa prioritaria esigenza di tassatività demandando alla prassi il compito di supplire all'imprecisione ed alla genericità della fattispecie.

In particolare, il provvedimento in esame distingue la *Shoah* dalle altre fattispecie e, nel farlo, si limita a menzionare la negazione della *Shoah* «o» dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra «come definiti» dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, *ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*».

Ci si interroga, inevitabilmente, su come possa intendersi questo rinvio. Due le ricostruzioni possibili, nessuna delle quali si ritiene sia scevra da conseguenze negative.

Secondo una prima interpretazione, il riferimento ai crimini «come definiti» dagli articoli 6, 7 e 8 dovrebbe essere inteso quale richiamo alla sola questione, appunto, ‘definitoria’, avulsa tanto dallo Statuto medesimo quanto dagli *elementi* costitutivi dei crimini richiamati.

Se è vero, tuttavia, che il disegno di legge approvato l'8 giugno 2016 si riferisce ai crimini «come definiti» dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto», è altrettanto vero che esso aggiunge «*ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*». Ebbene, quest'ultima legge sancisce all'articolo 2 che «piena ed intera esecuzione è data allo Statuto [...] a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, *in conformità a quanto disposto dall'articolo 126 dello Statuto stesso*», sicché una lettura combinata di tali norme lascia presumere che i crimini ai quali la legge si riferisce siano quelli successivi alla data dell'entrata in vigore: 1° luglio 2002.

Ritenere il contrario, del resto, significherebbe esporsi al rischio di non individuare alcun *dies a quo* tale da definire l'ambito di rilevanza temporale della normativa. In altri termini, sostenere che il rinvio vada inteso solo come richiamo definitorio e non anche sistematico significherebbe attribuire alla norma sul negazionismo il potere di punire chiunque neghi qualunque dei crimini suddetti, compiuti in ogni tempo<sup>24</sup>. Né varrebbe obiettare che il problema non si pone in considerazione della recente formazione di tali figure. Infatti, se «genocidio» e «crimini contro l'umanità» rappresentano categorie relativamente recenti, i «crimini di guerra» sono certamente più antichi: basti considerare che la prima Convenzione di Ginevra è del 1864 e che la prima Convenzione dell'Aja è del 1899.

Infine, se così non fosse, se cioè non vi fosse alcuna distinzione nella competenza *ratione temporis* tra i crimini di cui agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale e la *Shoah*, non vi sarebbe stata alcuna ragione plausibile perché l'olocausto fosse oggetto di indicazione separata e specifica.

Le obiezioni che si sono evidenziate indurrebbe a preferire una *seconda interpretazione*, ai sensi della quale, da un lato, c'è la *Shoah*, e dall'altro si pongono «il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra».

Se tale interpretazione fosse corretta, tuttavia, la sola condotta di negazionismo punibile in relazione ad eventi anteriori all'1 luglio 2002 sarebbe quella riconducibile alla *Shoah* dal momento che per tutti gli altri crimini di cui agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto il divieto

<sup>24</sup> In tal senso, cfr. G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org).

si applicherebbe solo al periodo successivo all'entrata in vigore.

In più, in mancanza di riferimenti precisi, tutte le volte in cui non sia in contestazione il caso della Shoa, di per sé indiscusso ed acclarato, la norma sembrerebbe autorizzare l'interprete a ritenere che debba essere il giudice nazionale a compiere delle complesse operazioni ermeneutiche. Il giudice, senza potersi valere di un adeguato contraddittorio e in mancanza di elementi certi sulla base dei quali condurre la propria valutazione di sussunzione del fatto nella fattispecie, dovrà accertare la rilevanza penale della condotta nonché la colpevolezza. L'unica alternativa è tenere comunque conto degli accertamenti in punto oggettivo e soggettivo compiuti dai giudici internazionali. La soluzione, però, resta comunque difficilmente praticabile sia perché vi sono dissensi tra storici e giudici internazionali circa la qualificazione da attribuire a determinati fatti, sia perché il numero di eventi storici il cui diniego giustificerebbe l'applicazione dell'aggravante sarebbe molto ristretto.

Sotto questo secondo profilo si consideri che il Tribunale militare internazionale di Norimberga, che giudicò la responsabilità penale dei *Major War Criminals*, ovvero il Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente, che a Tokyo condannò i criminali di guerra giapponesi, sono entrambi disattivati, mentre i tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia o per il Ruanda hanno competenza limitata a precisi contesti storici. Da ultimo, la Corte penale internazionale non ha competenza retroattiva, ma può giudicare solo dei crimini commessi dopo il 1° luglio 2002, data di entrata in vigore del suo statuto, con la conseguenza paradossale che dei fatti verificatisi prima di quella data solo la negazione dell'Olocausto ebraico potrebbe avere rilevanza aggravatrice.

La valutazione è complessa anche se riguardata sotto il profilo dell'ascrivibilità soggettiva della condotta.

Pare, infatti, che il comma 3-*bis* debba trovare applicazione se il soggetto, che non può nutrire alcun credibile dubbio sull'aver negato, conosca effettivamente o ignori colposamente la sussumibilità del fatto negato nell'alveo degli artt. 6, 7, 8 dello Statuto di Roma. A rilevare sotto il profilo del disvalore della condotta non è infatti il diniego in sé, ma la negazione di un crimine «definito» come tale ai sensi di specifiche disposizioni statutarie.

L'aggravante, in sintesi, non consente un riferimento alla conoscenza laica dei concetti di genocidio o crimini di guerra che, peraltro, ne avrebbe inficiato ancor di più la legittimità sotto il profilo del principio di legalità. In quest'ottica, dunque, fatta eccezione per la negazione dell'Olocausto ebraico, per come è concepita e formalizzata l'aggravante risulta di difficile applicazione concreta.

## 6. Conclusioni

Considerato che la nuova legge di recente introduzione non attua la normativa euro unitaria e che alcuni ordinamenti nazionali hanno sostanzialmente ignorato la fonte europea sul presupposto della conformità della propria legislazione, il Parlamento avrebbe potuto determinarsi diversamente.

In particolare, alla luce della normativa già vigente, così come interpretata in un'ottica costituzionalmente orientata e conformemente ai principi di massima elaborati dalla Corte di Strasburgo, il legislatore si sarebbe potuto limitare ad integrare le condotte già tipizzate con la introduzione della "minimizzazione grossolana", non prevista, e adattare la cornice edittale conformemente al disposto della decisione quadro.

In alternativa, avrebbe potuto optare per l'introduzione di una fattispecie incriminatrice autonoma che, in ossequio al principio di legalità-tassatività, fosse volta alla tutela delle sole vittime della Shoa ovvero, più in generale, alla salvaguardia dell'ordine pubblico internazionale, purché ancorata ad una decisione passata in giudicato emessa da una Corte internazionale.

Si sarebbe, inoltre, potuta compensare l'elevata carica simbolica di un apposito reato autonomo tramite una accurata selezione delle condotte punibili, quali il richiamo o il riferimento a elementi specifici, sintomatici del pensiero negazionista, come ad esempio l'uso delle camere a gas e dei forni crematori, salvaguardando così non solo le istanze di materialità, ma anche alleviando l'onere probatorio dell'accusa. L'impiego del dolo specifico avrebbe consentito, infine, di distinguere le espressioni dettate dall'intento di gettare discredito sulle minoranze da quelle motivate da fini di natura scientifica e di studio.

La novella, invece, si è tradotta in un intervento normativo sostanzialmente inutile e di pericolosa valenza simbolica.

### Riferimenti normativi

Legge 16 giugno 2016, n. 115

Art. 1

All'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: «3-*bis*. Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».



## Recensioni

LA DIFFAMAZIONE, LE NUOVE FRONTIERE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE E CIVILE  
E DELLA TUTELA DELLA PRIVACY NELL'EPOCA DELLE CHAT E DEI SOCIAL FORUM  
di Pezzella Vincenzo, Utet Giuridica, 2016 ..... 1030  
di Maurizio Barbato



## La Diffamazione, le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum di Pezzella Vincenzo, Utet Giuridica, 2016

Il volume tratta del reato di diffamazione con l'obiettivo di individuare gli odierni limiti della responsabilità penale e civile nell'ambito della tutela della privacy, alla luce delle numerose piattaforme social presenti al giorno d'oggi e dei progetti di riforma del reato oggetto di trattazione.

L'Autore cerca di dare una risposta ad una serie di problematiche tra le quali la quantificazione del danno da diffamazione, la collocazione del mutevole confine tra il diritto alla libera manifestazione del pensiero e quello alla tutela dell'altrui reputazione, il limite del diritto di critica in ambito politico e sindacale, l'individuazione delle peculiarità della diffamazione attraverso Facebook, Twitter, Whatsapp, TripAdvisor e, di conseguenza, l'identificazione delle possibili responsabilità del webmaster, dell'hosting provider o del curatore di un blog.

Il testo dedica parte della trattazione alla questione riguardante la vigenza o meno nel nostro ordinamento del "decalogo del giornalista", soffermandosi sulla responsabilità del direttore *ex art. 57 c.p.* e sulle reciproche responsabilità di intervistato e intervistatore, individuando le differenze tra diffamazione a mezzo stampa e a mezzo televisione e ponendo l'accento sulle possibilità di *exceptio veritatis* in relazione al diritto di cronaca. L'Autore si sofferma sulle nuove frontiere, scaturite dall'odierna strutturazione social della società e dalla comunicazione ormai istantanea instaurata dalla "rete", come il problema dei commenti con post diffamatori agli articoli on line.

Nel corso dell'esposizione viene affrontato, inoltre, nello specifico il quarto comma previsto dall'art. 595 c.p. (recante il reato di diffamazione), riguardante il caso dell'offesa arrecata ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio. Viene analizzata in primis la natura di tale aggravante attestando come la stessa sia di carattere oggettivo e determinante un aumento della pena base nella misura ordinaria, per poi passare ad un'analisi dei requisiti per la sua attuazione, evidenziando la necessità che la diffamazione avvenga contro organi di rilievo pubblico e in assenza della persona offesa, ricorrendo altrimenti il più grave reato di "oltraggio ad un corpo politico, amministrativo e giudiziario" previsto dall'art. 342 c.p. Il testo, inoltre, evidenzia come l'offesa debba essere rivolta al

corpo nella sua interezza, costituito in collegio, nella sua normale composizione e non ai singoli partecipanti, riportando a riguardo quanto affermato dalla dottrina dominante, che individua la costituzione in collegio come condizione inderogabile per la sussistenza dell'aggravante. L'Autore procede, infine, ad una specificazione degli organi oggetto della possibile offesa, indicando come corpi politici, gli organi costituzionali (Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, Assemblee Regionali); come corpi amministrativi, le autorità collegiali investite di funzioni prevalentemente amministrative, quali il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, il Consiglio superiore della magistratura, i Consigli comunali e provinciali, le Commissioni elettorali; come corpi giudiziari, tutti i collegi investiti di giurisdizione, permanente o temporanea, comune o speciale.

Di particolare importanza è anche l'argomento riportato dal volume sui problemi che pone la messa in onda di fiction o di film verità ispirati a fatti di cronaca vera e la possibilità che si leda l'altrui reputazione anche con una foto, con un romanzo e, finanche, con un quadro.

L'opera si presenta arricchita dalla più recente giurisprudenza nazionale (tra i tanti, il Caso Sallusti e la vicenda Google vs Windows) ed europea (le sentenze della CEDU, nel caso Perna contro Italia e in quello Belpietro contro Italia, e quella della Corte di Giustizia europea, in quello Gonzales contro Google Spain), oltre che dagli interventi del Garante della Privacy, rappresentando un'ottima fonte aggiornata per la disamina della tematica trattata.

## Indice delle sentenze

### Diritto e procedura civile

#### CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., sez. III, 26.09.2016, n. 18773 s.m.  
 Cass. civ., sez. un., 22.09.2016, n. 18659 s.m.  
 Cass. civ., sez. un., 14.09.2016, n. 18121 s.m.  
 Cass. civ., sez. un., 2 agosto 2016, n. 16065  
 (con nota di Abagnale)  
 Cass. civ., sez. I, 25.07.2016, n. 15346 s.m.  
 Cass. civ., sez. I, 21.07.2016, n. 15035 s.m.  
 Cass. civ., sez. II, 19.07.2016, n. 14766 s.m.  
 Cass. civ., sez. I, 12.07.2016, n. 14188 s.m.  
 Cass. civ., sez. I, 22.06.2016, n. 12957 s.m.  
 Cass. civ., sez. III, 31.03.2016, n. 6209  
 (con nota di Scuotto)

#### CORTE D'APPELLO

- App. Napoli, 20 luglio 2016 s.m.  
 App. Milano, 18 luglio 2016 s.m.

#### TRIBUNALE

- Trib. Frosinone, 13.09.2016 s.m.  
 Trib. Caltanissetta, 30.08.2016 s.m.  
 Trib. Bari, 29.08.2016 s.m.  
 Trib. Palermo, 16.08.2016 s.m.  
 Trib. Lodi, 11.08.2016 s.m.  
 Trib. Padova, 04.08.2016 s.m.  
 Trib. Napoli, sez. VIII, 07.07.2016, n. 8505  
 (con nota di Mautone e Storti)  
 Trib. Napoli, 25.07.2016 s.m.  
 Trib. S. M. Capua Vetere, 19.07.2016 s.m.  
 Trib. Napoli, 06.07.2016 s.m.  
 Trib. Bologna, 04.07.2016 s.m.  
 Trib. Torino, 27.06.2016 s.m.  
 Trib. Roma, 22.06.2016 s.m.

#### GIUDICE DI PACE

- G. di P. Torre Annunziata, 28.09.2016 s.m.

### Diritto e procedura penale

#### CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. pen., sez. un., 06.07.2016, n. 27620  
 (con nota di Pignatelli)  
 Cass. pen., sez. un., 23.06.2016, n. 31669 s.m.

- Cass. pen., sez. VI, 16.06.2016, n. 27975 s.m.  
 Cass. pen., sez. II, 09.06.2016, n. 26071 s.m.  
 Cass. pen., sez. VI, 03.06.2016, n. 28303 s.m.  
 Cass. pen., sez. IV, 01.06.2016, n. 28571 s.m.  
 Cass. pen., sez. VI, 17.05.2016, n. 26048 s.m.  
 Cass. pen., sez. VI, 17.05.2016, n. 25713 s.m.  
 Cass. pen., sez. VI, 12.05.2016, n. 23832 s.m.  
 Cass. pen., sez. VI, 10.11.2015, n. 28299 s.m.  
 Cass. pen., sez. III, 11.06.2015, n. 28196 s.m.  
 Cass. pen., sez. II, 31.05.2015, n. 25288 s.m.  
 Cass. civ., sez. I, 01.02.2016, n. 1869  
 (con nota di Pirozzi)

#### CORTE DI APPELLO

- App. Napoli, sez. II, 18.05.2016, n. 5621 s.m.  
 App. Napoli, sez. VIII, ord. 11.05.2016, n.112 s.m.  
 App. Napoli, sez. II, 28.04.2016, n. 4750 s.m.

#### TRIBUNALE

- Trib. Nola, G.o.t., 04.07.2016, n. 2386 s.m.  
 Trib. Nola, G.M., 24.06.2016, n. 2241 s.m.  
 Trib. Avellino, sez. II, 17.06.2016, n. 2372 s.m.  
 Trib. Nola, G.M., 09.06.2016, n. 2027 s.m.  
 Trib. Napoli, sez. XI, 11.05.2016, n. 8697 s.m.  
 Trib. Nola, G.M., 04.05.2016, n. 1561 s.m.  
 Trib. Nola, G.M., 30.03.2016, n. 1117 s.m.  
 Trib. Napoli, G.M., 22.02.2016, n. 3064 s.m.

### Diritto amministrativo

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

- T.a.r. Milano, sez. I, 14.07.2016, n. 1423 s.m.  
 T.a.r. Lombardia, sez. IV, 08.07.2016, n. 1383 s.m.  
 T.a.r. Lazio, sez. II, 01.07.2016, n. 7586 s.m.

#### CONSIGLIO DI STATO

- Cons. Stato, sez. III, 31.08.2016, n. 3755 s.m.  
 Cons. Stato, sez. V, 22.08.2016, n. 3667 s.m.  
 Cons. Stato, sez. V, 16.08.2016, n. 3638 s.m.  
 Cons. Stato, sez. V, 02.08.2016, n. 3481 s.m.  
 Cons. Stato, sez. V, 27.07.2016, n. 3396 s.m.  
 Cons. Stato, ad. pl., 27.07.2016, n. 19 s.m.  
 Cons. Stato, sez. V, 26.07.2016, n. 3372 s.m.  
 Cons. Stato, sez. V, 15.07.2016, n. 3153 s.m.



## Diritto tributario

### CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. un., 08.09.2016, n. 17757 s.m.  
Cass., sez. V, 11.08.2016, n. 16969 s.m.  
Cass., sez. trib., 09.08.2016, n. 16684 s.m.  
Cass., sez. VI, 22.06.2016, n. 12927 s.m.

### CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- Corte giust., 28.07.2016, C-332/15, *Astone* s.m.  
Corte giust., 13.07.2016, C-18/15, *Brisal e KBC  
Finance Ireland* s.m.

## Diritto internazionale

### CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

- Corte E.D.U., sentenza del 21 luglio, ricorso n.  
63066/14 et 66106/14, *Affaire Mamatas et Autres*  
c. Grèce  
Corte E.D.U., decisione n. 68273/10 and 34194/11  
*Sibler-Jauch e Jauch contro Germania* adottata il 24  
maggio e depositata il 16.

### CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- C.G.U.E., sez. IV, 28.07.2016, causa C-294/16  
PPU, *JZ*  
C.G.U.E., sez. VI, 22.06.2016 (ord.), causa  
C-173/16, *M.H c. M.H.*