

Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Luglio - Agosto 2017

Sulla validità del contratto “sale and lease back”.
*Nota a Corte di Cassazione, Sezione III, 6 luglio 2017,
n. 16646*

PIETRO SORRENTINO

Bancarotta fraudolenta nel concordato con
continuità aziendale e momento
di attivazione della giurisdizione penale.
Nota a Cassazione Penale, Sezione V, 6 ottobre 2016, n. 50675

ALFONSO LAUDONIA

Taratura e verifiche di funzionalità degli autovelox:
a due anni dalla sentenza della Corte Costituzionale
arrivano le indicazioni del ministero; più garanzie
per gli automobilisti

ROSANNA ITTO

Profili tributari e finanziari delle società partecipate
pubbliche e delle società in house

ANTONIO URICCHIO, MARIO AULENTA

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

luglio - agosto 2017

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 10 - Numero 4 - Luglio/Agosto 2017

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE

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

EDITORE

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

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI VALUTAZIONE

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

Rassegne di giurisprudenza a cura di

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

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

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

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Tavolaro stampa, Napoli - settembre 2017

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

**Università
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

CONTRO IL DECLINO DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE di Massimo Krogh	629
---	-----

Diritto e procedura civile

THE INTERVENTION OF THE BODIES OF AN ITALIAN COMPANY FOLLOWING THE OCCURRENCE OF AN EVENT INVOLVING ITS DISSOLUTION di Francesco Cossu	634
SULLA RILEVANZA DELLA COLPA DEL LAVORATORE PER L'INDENNIZZABILITÀ DELL'INFORTUNIO SUL LAVORO. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione lavoro, 20 luglio 2017, n. 17917</i> di Ylenia Zaira Alfano	649
SULLA FRANCHIGIA AGGREGATA, EFFICACIA DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE E RELATIVO ONERE PROBATORIO. <i>Nota a Tribunale di Roma, Sezione XIII, 26 giugno 2017, n. 13032</i> di Gaetano Scuotto	655
SULLA VALIDITÀ DEL CONTRATTO "SALE AND LEASE BACK". <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione III, 6 luglio 2017, n. 16646</i> di Pietro Sorrentino	667
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ..... a cura di Mario De Bellis	673
RASSEGNA DI MERITO a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	675

Diritto e procedura penale

PRINCIPI ORDINATORI IN MATERIA DI AUTODIFESA DEL DIRITTO: L'ART. 52 C.P. di Valentina Picone	680
BANCAROTTA FRAUDOLENTE NEL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE E MOMENTO DI ATTIVAZIONE DELLA GIURISDIZIONE PENALE. <i>Nota a Cassazione Penale, Sezione V, sentenza 6 ottobre 2016, n. 50675</i> di Alfonso Laudonia	686
L'EVENTUALE NATURA SESSUALE DEL BACIO SULLA GUANCIA: UNA NUOVA PROSPETTIVA DAL GIUDICE DELLA NOMOFILACHIA. <i>Nota a Cassazione Penale, Sezione III, 5 maggio 2016, n. 18679</i> di Sisto Macchiarelli	698
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI a cura di Angelo Pignatelli	705
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ..... a cura di Andrea Alberico	710
RASSEGNA DI MERITO a cura di Giuseppina Marotta	714

Diritto amministrativo

TARATURA E VERIFICHE DI FUNZIONALITÀ DEGLI AUTOVELOX: A DUE ANNI DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ARRIVANO LE INDICAZIONI DEL MINISTERO; PIÙ GARANZIE PER GLI AUTOMOBILISTI di Rosanna Itto	718
SULLA DEFINITIVITÀ DELL'ACCERTAMENTO DELLA (IR)REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA DEI PARTECIPANTI ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO EX ART. 80, C. 4, D. LGS. N. 50 DEL 2016. <i>Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21</i> di Daniela D'Aponte	724
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE <i>(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)</i> a cura di Almerina Bove	730

Diritto tributario

- PROFILI TRIBUTARI E FINANZIARI DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE PUBBLICHE E DELLE SOCIETÀ IN HOUSE 734
di Antonio Uricchio e Mario Aulenta
- FISCALITÀ INTERNAZIONALE: DALLE STRATEGIE ELUSIVE DI *CORPORATE GOVERNANCE*
ALLE MANOVRE DI “TASSAZIONE SLEALE” DEGLI STATI MEMBRI. *L’ACTION PLAN* DI CONTRASTO DELL’UE 753
di Sara Di Donato
- RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE
DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UE 760
a cura di Maria Pia Nastri

Diritto internazionale

- LA SOSPENSIONE DEI DIRITTI DEGLI STATI MEMBRI ALLA LUCE DI VIOLAZIONI GRAVI DEI VALORI UE 764
di Andrea Circolo
- LA CITTADINANZA EUROPEA *LEIT MOTIV* DEL DIRITTO A GODERE DEI BENEFICI SOCIALI:
ESCLUSIONE DI QUALSIASI FORMA DI DISCRIMINAZIONE, SOPRATTUTTO DI QUELLE CHE METTONO A RISCHIO IL
PROGETTO D’INTEGRAZIONE FAMILIARE EUROPEO. *Nota a sentenza della Corte di Giustizia, 15 dicembre 2016,*
Seconda Sezione, Cause riunite C – 401/15 a C – 403/15, Noémie Depesme, Said Kerrou, Adrien Kauffmann,
Maxime Lefort et Ministre de l’Enseignement supérieur et de la Recherche 772
di Lucia Jessica Rosotta
- LA CORTE DI GIUSTIZIA RIBADISCE CHE AI SENSI DEL REGOLAMENTO DUBLINO III COMPETE AGLI STATI MEMBRI
DI INGRESSO PROVVEDERE ALLA PROTEZIONE DEI CITTADINI DI PAESI TERZI RICHIEDENTI ASILO 785
di Francesco Romanelli
- RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL’UNIONE EUROPEA 801
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli

Ordinamento giudiziario

- ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO DEL GIUDICE CIVILE, BENESSERE E FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVE: TRA UN MODELLO
VERTICISTICO BUROCRATICO-FORMALE E UN MODELLO SNELLO E FONDATAO SUI RISULTATI 808
di Antonio Lepre

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

- Sulla possibilità per un dipendente pubblico iscritto nell’albo degli avvocati di assumere il patrocinio
in controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione. 818
di Chiara Esposito

DIRITTO PENALE

- Sull’ammissibilità del suicidio assistito e l’esistenza del c.d. diritto ad una morte dignitosa. 821
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- La giurisdizione in caso di tutela della parità di trattamento nei concorsi pubblici. 828
di Elia Scafuri

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

- LA RIFORMA ORLANDO, TRA ESIGENZE DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA E NECESSITÀ DI ADEGUAMENTO
AL *DICTUM* GIURISPRUDENZIALE. *PARTE PRIMA: COSA CAMBIA NELLE INDAGINI PRELIMINARI E NEL PROCEDIMENTO*
DI ARCHIVIAZIONE 836
di Paola Borrelli

- LA RIFORMA DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE, TRA ESIGENZE DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA E NECESSITÀ
DI ADEGUAMENTO AL *DICTUM* GIURISPRUDENZIALE. *PARTE SECONDA: GLI INTERVENTI DI IMMEDIATA APPLICAZIONE*
IN TEMA DI RITI SPECIALI E DI MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA 864
di Valeria Bove

- LA RIFORMA ORLANDO, TRA ESIGENZE DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA E NECESSITÀ DI ADEGUAMENTO
AL *DICTUM* GIURISPRUDENZIALE. *PARTE TERZA: GLI INTERVENTI EMBLEMATICI IN TEMA DI: APPELLO,*
PARTICIPAZIONE A DISTANZA E DEFINIZIONE DEL PROCEDIMENTO PER INCAPACITÀ IRREVERSIBILE 885
di Marco de Leva

- IL NODO GORDIANO DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE DEL REATO E LA RIFORMA ORLANDO:
UN INTERVENTO CLAUDICANTE? 905
di Claudia Tordo Caprioli

Recensioni

- ANNA BELLODI ANSALONI, *L’arte dell’avvocato, Actor Veritatis*, Studi di Retorica e deontologia forense;
Bononia University Press, 2016 916
a cura di Pierluigi Romanello

- INDICE DELLE SENTENZE 919

Massimo Krogh

Avvocato. Ha ottenuto a Londra il premio IAIR AWARDS 2015 per i processi penali in Italia

Editoriale

Contro il declino della Corte Suprema di Cassazione

Il nostro ordinamento prevede tre gradi di giudizio ordinario, due di merito, uno di legittimità. Quello di legittimità, attraverso l'istituto dell'annullamento con rinvio per difetto di motivazione, potrebbe dar luogo ad una ripetizione prolungata del processo in modo teoricamente indefinito. Nel sistema dei gravami ordinari, s'innestano poi gli eventuali ricorsi di natura incidentale, riguardanti ad es. i provvedimenti coercitivi.

In effetti, insieme ad altre, questa è una delle cause dell'incredibile durata del processo che mortifica la giustizia italiana all'interno del Paese, ma anche davanti al mondo. La riflessione sul pericolo di un declino della Cassazione non può ovviamente ignorare che già vi è un declino in atto della giustizia, della quale la Cassazione è il rappresentante più alto e più sovrapposto. Un declino, quello della giustizia penale, che forse non ha precedenti.

Questi gravami a prima vista eccessivi, in quanto causa d'insopportabili ritardi, corrispondono ad una strutturazione verticistica del processo più consona al processo inquisitorio, che peraltro l'Italia ha abbandonato, che a quello accusatorio oggi vigente. A questo proposito non posso fare a meno di recitare un "mea culpa". Nel 1988, come tutti gli avvocati, fui favorevole all'introduzione del rito accusatorio, tipico dell'area anglosassone e concettualmente più avanzato. Ma in questo fervore per il nuovo trascurammo che il c.d. "giusto processo" fu istituito nel mondo anglosassone con la Magna Charta nel 1215, cioè lo stesso anno in cui il IV Concilio Lateranense istituiva come legittima l'Inquisizione. Noi pensammo, ingenuamente, che otto secoli di cultura dei diritti potessero colmarsi con un codice nuovo. Ed è qui l'incongruenza, mi spiego.

Nel processo penale vigente, l'ufficio d'accusa ha una forza obiettiva rispetto alla difesa, nel senso che domina la fase delle indagini con i poteri funzionali nascenti dalla legge ed i maggiori mezzi di cui il pubblico ministero dispone rispetto agli studi dei difensori. Nella fase delle indagini si crea l'impianto del processo, che poi – spesso dopo anni – non è agevole contrastare. E nella fase delle indagini la difesa è pressoché assente. Nel nostro squilibrato sistema, la parità accusa-difesa si realizza solo al dibattimento, dunque molto tardi.

Questo crea una situazione di debolezza dell'imputato, cui occorre rimediare. E lo si fa attraverso l'abbondanza dei gravami, che peraltro allungano in modo esagerato il processo, fra l'altro con grave nocumento per gli innocenti messi sotto accusa, che non sono pochi. Nel vero rito accusatorio, non quello virtuale che c'è da noi, questo problema non esiste, poiché la reale parità delle parti sin dalle prime battute consente una diversa e ben più rapida gestione del giudizio. Quando vi fosse un'effettiva parità fra le parti dall'inizio, l'imputato non arriverebbe al processo con la presunzione d'innocenza talvolta capovolta in presunzione di colpevolezza, sicché non vi sarebbe bisogno di tanti reclami e gravami. Soprattutto, l'oralità sarebbe immediata, e così l'acquisizione delle prove. Dunque, alla carenza di garanzie orizzontali – parità, oralità, immediatezza, quali verrebbero da un'eguaglianza di poteri istituita sin dall'inizio del processo – si rimedia con una concezione garantistica di tipo verticale, che per il numero d'impugnative possibili, allunga nel modo che sappiamo la definizione del giudizio, spesso portando alla prescrizione anche reati molto gravi. Questo sistema verticistico ricade pesantemente sul giudizio di legittimità. Tutto arriva in Cassazione. L'amplificazione della prescrizione, ha indotto, a me pare, la Cassazione all'amplificazione applicativa dell'inammissibilità, troppo spesso dichiarata proprio per evitare la prescrizione, anche quando il ricorrente non la meriterebbe. Ciò può essere in qualche modo comprensibile, ma non so quanto aderente alla funzione di legittimità.

La funzione nomofilattica della Cassazione è soprattutto quella di assicurare la certezza del diritto attraverso l'uniformità dell'interpretazione normativa, che a livello di Sezioni Unite dovrebbe essere diritto vivente. Uso il condizionale non a caso, perché non è sempre così. Quando vi è una violazione di legge, è prevista la possibilità del c.d. ricorso *per saltum*, cioè si può andare direttamente in Cassazione, senza passare per il giudizio di appello. L'art. 65 dell'Ord. Giudiziario del 1941 già sanciva tale funzione garantistica dell'uniformità dell'applicazione del diritto da ottenere fornendo gli indirizzi interpretativi perché l'uniformità si realizzi. L'uniformità della giurisprudenza è in coerenza al principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Principio che resta turbato dai con-

trasti giurisprudenziali. Ovviamente la libertà di giudizio riservata al giudice italiano, anche culturalmente influenzata dal principio del libero convincimento, crea problemi rispetto al problema della nomofilachia. La storia dei contrasti nei percorsi giurisprudenziali è impressionante. Nel 1990 (Moneta) uscì un saggio sui contrasti, riguardava quelli civili ma la cosa non cambia granché, che avvilisce. Naturalmente, alla base di ciò è anche il numero ingovernabile dei ricorsi e la diversità delle fattispecie che può rompere l'uniformità degli indirizzi. Io penso che il rischio di declino della Cassazione sia legato al numero eccessivo di ricorsi che è costretta a esaminare. Gli avvocati sono tendenzialmente contrari ad ogni riduzione della possibilità di ricorrere, ma non credo che lo sarebbero se la riduzione fosse non già punitiva ma capace di razionalizzare il sistema. Ad es. potrebbe abolirsi il ricorso per saltum o il ricorso immediato per le ipotesi contravvenzionali minori per alcune delle quali sarebbe forse ragionevole abolire proprio il gravame di legittimità.

Prima che nel 1988 s'introducesse il principio dell'immanenza del vizio nello stesso testo della sentenza, molti ricorsi denunciavano la mancanza o illogicità della motivazione sotto il profilo che il giudice di merito avrebbe travisato i fatti.

Dottrina e giurisprudenza intervennero con un lungo e travagliato dibattito nel senso che l'esame del travisamento dei fatti imponeva al giudice di legittimità un ingresso nel merito che non gli era consentito. Sicché, si arrivò alla riforma del 1988 secondo cui il vizio di motivazione doveva risultare dal testo della sentenza.

Peraltro, qui si aprì un altro dibattito, che poi portò alla riforma Pecorella. In quanto, inibendosi ogni riferimento ai fatti risultanti dagli atti del processo, diveniva molto difficile per il ricorrente dimostrare eventuali vizi di carenza e contraddittorietà che fossero realmente esistenti. Di qui, la modifica del 2006, per la quale il vizio di motivazione può essere dedotto anche per un'incompatibilità della decisione con atti del processo. Ed ha fatto nuovamente capolino il profilo del travisamento di fatto, che però la giurisprudenza della Cassazione ha rimosso introducendo il concetto del "travisamento della prova".

Sulla riforma Pecorella torna opportuno richiamare i principi base fissati dalla Cassazione, fissati nelle seguenti tre sentenze: Cass. pen., sez. VI, 24/03/2006; Cass. pen., sez. V, 12/04/2006; Cass. pen., sez. II, 07/06/2006.

Da queste tre sentenze emerge in modo chiarissimo che non può toccarsi il fatto e che l'incompatibilità della decisione con "altri atti del processo" dev'essere tale da disarticolare l'intero ragionamento su cui si fonda la sentenza impugnata, la cui motivazione va sempre valutata in una visione unitaria e globale dei singoli atti; che gli "altri atti del processo" devono essere tali che rispetto ad essi risulti violato, da parte

del giudice, un obbligo di pronuncia, per essere stati ignorati benché dedotti; che infine l'indicazione degli "altri atti del processo" può essere soddisfatta nei modi più diversi, senza però che la Cassazione sia costretta ad una rilettura dell'intero processo divenendo un giudice di merito.

Un aspetto che va specificamente osservato è quello che riguarda il vizio della "contraddittorietà" della motivazione. A me sembra, stando al significato letterale della parola "contraddittorietà", che questo vizio non può che risultare dalla stessa sentenza, cioè da argomenti che nell'*iter* argomentativo del giudice risultino fra loro incoerenti, però questa sarebbe illogicità. Dunque, posto che il termine "contraddittorietà" è stato aggiunto con la riforma del 2006, in una più larga visione interpretativa, anche l'incoerenza fra un argomento della sentenza e una risultanza del processo dovrebbe rientrare nel concetto di "contraddittorietà". Ma questo, francamente, potrebbe comportare delicati problemi d'interpretazione, connessi ai limiti del giudizio di Cassazione. In sostanza, a me pare, che se una risultanza relativa ad un atto del processo specificamente indicato nel ricorso non sia stato valutato dal giudice di merito, ciò può rientrare nel vizio di mancanza della motivazione. Mentre, apprezzare la coerenza di tale motivazione non attraverso il testo della sentenza stessa ma attraverso una diversa valutazione della prova rispetto a quella effettuata dal giudice di merito, significa dare alla Cassazione un potere piuttosto estraneo rispetto al compito che le è affidato, comportando necessariamente una valutazione di fatto. Per eludere questo problema, la Suprema Corte ha elaborato il concetto di travisamento della prova nei termini che abbiamo detto.

Fermiamoci sull'area del sindacato di legittimità. Abbiamo accennato, in via generale, al controllo sugli errori in iudicando e sugli errori in procedendo. Costituiscono poi specifica ragione di ricorso, la mancata assunzione di una prova decisiva, di cui la parte abbia fatto richiesta nel dibattimento, limitatamente ai casi di cui all'art. 495 co. 2, vale a dire relativamente al diritto dell'imputato all'ammissione delle prove a discarico; nonché, come s'è detto, la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulti dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame. Come anticipato, il vizio di motivazione, oltre che dal testo della sentenza, può emergere da atti del processo che siano stati specificamente indicati dal ricorrente.

Qui si pone il problema del fatto, vale a dire la barriera che separa il giudizio di merito dal giudizio di legittimità. Non può mai essere introdotto, pena l'inammissibilità del ricorso, davanti la Corte di Cassazione. Peraltro non può nemmeno essere totalmente ignorato, visto che sarebbe impossibile per il giudice di cassazione valutare la congruità e la coerenza della

motivazione ignorando completamente la vicenda materiale che sta a monte del giudizio. E pertanto il ricorso, in una corretta strategia di legittimità, dev'essere redatto in modo tale da fornire al giudice di legittimità la conoscenza della vicenda senza però mai pretendere, con il contrabbando della critica logica, una nuova verifica sul merito dei fatti. In altri termini, il fatto dev'essere rappresentato, non per essere valutato dalla Corte di Cassazione, ma per essere conosciuto nei limiti in cui lo stesso è rappresentato nelle sentenze di merito; ai fini di operare il giudizio sulla motivazione. Evidentemente, il confine è sottilissimo ma non impossibile da rispettare. Sul punto, anche il giudice di legittimità dev'essere molto attento, per evitare di confondere la denuncia di legittimità con una critica di merito e di dichiarare pertanto inammissibile un ricorso che non è tale. La critica in punto di logica del ragionamento del giudice di merito, quando colpisce in radice questo ragionamento, non può essere sempre considerata una critica di fatto e come tale non consentita in cassazione. Una critica che non ammette soluzioni alternative, che cioè sia tale da rimuovere e non solo da contrastare l'argomentazione utilizzata in sentenza, non mi sembra che possa intendersi come censura di fatto. Formulo un esempio: in una truffa contrattuale, dove risulti che il denunciante, presunto truffato, sia stato assistito da eccellenti esperti nella stipulazione del contratto, ed essendo a sua volta esperto nel campo, il ricorso del presunto truffatore con cui si deduce come assolutamente illogica la condanna, stante tale situazione di fatto, non mi parrebbe integrare una critica logica, di fatto, ma piuttosto una denuncia di vizio di legittimità. Traggo questo esempio da una decisione della Cassazione che invece ha ritenuto l'inammissibilità. A me sembra che l'eccessiva amplificazione del concetto di fatto tenda a svuotare di senso, impropriamente, il vizio di motivazione.

In verità, l'eccesso del garantismo verticistico presente nel nostro sistema giudiziario penale costringe talvolta i giudici ad adottare strategie di moderazione che non sempre procedono sul filo del diritto, ma che tendono a rimediare gli effetti negativi di tale eccesso. Se le cose non funzionano, si provvede a rimediarle con strategie processuali. Un po' come avviene con la custodia personale preliminare, molto spesso applicata impropriamente, per rimediare all'impossibilità di rendere operanti le pene.

Non credo che questo sia un buon metodo per reagire ai vizi del sistema, anche perché in questo modo c'è il rischio che i vizi non vengano mai rimossi alla base. Forse, meglio sarebbe che questi vizi fossero portati ed espressi alle estreme conseguenze, per segnalare alla società, ed al legislatore che in qualche modo la rappresenta, le reali esigenze di riforma.

Abbiamo visto il ricorso per Cassazione in via generale, vale a dire il ricorso contro le sentenze, vi è poi il ricorso contro le ordinanze camerale, in tema di mi-

sure cautelari personali e reali, in tema di esecuzione della sentenza, e via di seguito. I binari di strategia del ricorso e la valutazione dello stesso non si discostano granché dalle linee generali del giudizio di legittimità, adattate peraltro al giudizio camerale.

Le procedure camerale possono essere, a seconda dei casi, partecipate, vale a dire trattate con l'intervento orale del difensore e del pubblico ministero, o non partecipate. In proposito, vedremo poi un problema di rapporti con il diritto europeo.

Forse è opportuno ricordare l'art. 625 *bis* c.p.p., ove si prevede il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto. Questo ricorso, che si propone entro sei mesi dal deposito della decisione della Cassazione, può essere proposto solo dai condannati. La giurisprudenza sul tema è molto rigorosa, e si ritiene errore di fatto rilevante quello costituente il presupposto stesso della decisione. Ad esempio, se si condanna taluno ritenendo esistente un fatto che non esiste ovvero ritenendo inesistente un fatto che esiste, ed ove ciò costituisca l'unico presupposto della condanna, qui si tratterebbe di un errore di fatto rilevante per gli effetti del ricorso straordinario.

Vorrei ricordare poi il rapporto fra le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ricorso straordinario. A tali effetti richiamo la nota sentenza CEDU n. 129 del 2008.

La Corte europea dei diritti dell'uomo aveva rilevato una violazione del giusto processo, come configurato dall'art. 6 paragrafo 3 lett. a) e c) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel fatto che la Cassazione, decidendo su un ricorso, avesse modificato la qualificazione giuridica da corruzione impropria in corruzione propria, così impedendo la prescrizione. In seguito alla decisione europea, il condannato propose ricorso straordinario e la Cassazione ha deciso nel senso che il contraddittorio, per l'adeguamento ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, «dev'essere garantito anche laddove l'ordinamento – come nel caso italiano – riconosca al giudice il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione ab origine ascritta all'imputato». In altri termini, la Cassazione ha affermato, per conformarsi al diritto europeo, che i poteri del giudice non possono mai essere esercitati se non in aderenza al fondamentale principio del contraddittorio.

A questo riguardo è forse utile ricordare la sentenza n. 93 del 2010 della Consulta, dove si dichiarava «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27/12/1956 n. 1423... e dell'art. 2 ter della legge 31/5/1965, n. 575...», nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al Tribunale e alla Corte d'Appello, nella forma dell'udienza pubblica». Mi sembra che tale decisione debba anche essere posta in relazione con la sentenza Bocellari e Rizza c. Italia, della CEDU in

data 13/11/2007, dove si affermava che la procedura camerale «...essendo funzionale all'applicazione della confisca di beni e capitali, mette direttamente e sostanzialmente in discussione la situazione patrimoniale dell'interessato. Di fronte a questa prospettiva, non si potrebbe affermare che il controllo non sia una condizione necessaria a garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato». La CEDU, nella specie affermava la violazione dell'art. 6 co. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Sulla materia vi è stato un ampio percorso, che la Cassazione sembra aver concluso nel senso che le procedure camerali non partecipate non contrasterebbero con il diritto europeo, ma in verità tale soluzione non mi sembra possa considerarsi perentoria e mi sembra invece che la materia andrebbe rivisitata. In un ricorso camerale non partecipato, la Procura Generale della Cassazione aveva richiesto che dovesse applicarsi il principio di pubblicità in coerenza con il diritto europeo, come richiesto dal ricorrente, ma la Corte non ha accolto la censura.

Vorrei concludere notando che i ricorsi in Cassazione sono troppi e molto spesso sono soltanto pretestuosi, per tentare di conseguire la prescrizione; il rimedio, peraltro, dovrebbe essere normativo e non il risultato di scelte giurisprudenziali improprie.

Tuttavia la situazione non sembra poter cambiare con la riforma del 3 agosto u.s. (legge 23 giugno 2017 n. 103) che tocca aspetti prevalentemente formali, come i soggetti legittimati a ricorrere, la partecipazione alle trattazioni camerali, l'aumento sulle sanzioni di inammissibilità e via di seguito; una riforma dunque che, così articolata, non può incidere su un sistema viziato nelle fondamenta, vale a dire formatosi in una prospettiva di giustizia fatta e rifatta sulle forme e vuota di sostanza, visto che le sentenze arrivano quando non servono più a nessuno.

Diritto e procedura civile

THE INTERVENTION OF THE BODIES OF AN ITALIAN COMPANY FOLLOWING THE OCCURRENCE OF AN EVENT INVOLVING ITS DISSOLUTION	634
di Francesco Cossu	
SULLA RILEVANZA DELLA COLPA DEL LAVORATORE PER L'INDENNIZZABILITÀ DELL'INFORTUNIO SUL LAVORO. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione lavoro, 20 luglio 2017, n. 17917</i>	649
di Ylenia Zaira Alfano	
SULLA FRANCHIGIA AGGREGATA, EFFICACIA DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE E RELATIVO ONERE PROBATORIO. <i>Nota a Tribunale di Roma, Sezione XIII, 26 giugno 2017, n. 13032</i>	655
di Gaetano Scuotto	
SULLA VALIDITÀ DEL CONTRATTO "SALE AND LEASE BACK". <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione III, 6 luglio 2017, n. 16646</i>	667
di Pietro Sorrentino	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	673
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	675
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	



The intervention of the bodies of an Italian company following the occurrence of an event involving its dissolution

abstract

Under section 2484 of the Italian Civil Code, companies undergo dissolution due to the following causes: the expiration of their intended lifespan, the achievement of their corporate purposes or the impossibility to achieve it, the impossibility of the meeting to operate or its continuing inactivity, the decrease of the share capital below the minimum level envisaged by the law, an expressed resolution of shareholders, the winding-up of the company by the meeting, the withdrawal of a member in the cases referred to in sections 2437-quarter and 2473, as well as other causes mentioned in the charter of each company.

Section 2485 of the Civil Code provides that directors are required to ascertain the occurrence of an event involving the dissolution of the company as soon as possible, and notify it to the register of companies.

This paper aims to provide a broad view of the role played by corporate bodies in ascertaining the occurrence of an event involving the dissolution of a company. Moreover, the decrease of the share capital below the minimum level envisaged by the law, and the loss of business continuity during the lifespan of a company are analyzed.

keywords

Company – Italian – Dissolution – Bodies.

abstract

Il legislatore italiano, all'art. 2484 c.c., stabilisce che le società di capitali si sciolgono per il decorso del termine, per il conseguimento dell'oggetto sociale oppure per l'impossibilità di conseguirlo, per l'impossibilità di funzionamento ovvero la continuata inattività dell'assemblea, per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, per espressa decisione dei soci, per messa in liquidazione della società da parte dell'assemblea ovvero in conseguenza dell'esercizio di recesso da parte del socio, nelle ipotesi previste dagli artt. 2437-quarter e 2473 e, infine, per le altre cause stabilite dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Gli obblighi degli amministratori, disposti dall'art. 2485 c.c., sono quelli di accertare senza indugio il verificarsi di una causa di scioglimento e di procedere agli adempimenti richiesti per l'iscrizione presso il registro delle imprese.

Il presente lavoro intende fornire una panoramica sistematica al ruolo degli organi sociali nell'accertamento di una delle cause di scioglimento delle società, fornendo spunti di riflessione in particolare nelle ipotesi di riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale e del venir meno della continuità aziendale durante la vita della società.

parole chiave

Società – liquidazione in Italia – organi sociali.

table of contents

1. The need for information during the liquidation of companies. – **2.** Obligation of the bodies of a company to intervene in order to define “immediately” the reasons for dissolution. – **3.** The supervening impossibility to achieve the corporate purpose as an absolute, irreversible, and definitive condition. – **4.** The circumstances that prevent the meeting from operating properly and make it continuously inactive. – **5.** Decrease of the share capital below the minimum value provided by the law. – **6.** Business continuity and its loss during the lifespan of companies.

1. The need for information during the liquidation of companies

During liquidation, it is necessary to define the information needed in order to take the measures that lead first to the termination of a company and, subsequently, to its dissolution¹. During the initial stages of liquidation, the liquidator needs to access the financial statement of the company in order to find out the best ways to carry out the winding-up. On the other hand, shareholders should be informed about the possible developments and outcome of liquidation, the results achieved so far, and what is expected to happen in last part of this stage. Such information consists in the results achieved during the liquidation

¹ TURELLI, *L'informazione sulla gestione nella società per azioni in liquidazione* [Information in the Liquidation of Joint-Stock Companies], in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gianfranco Campobasso, IV, Torino, 2007, 6 argues that: “both the law provisions allowing for the continuation of a company’s activities during its winding-up, and the powers of liquidators show the entrepreneurial nature of the liquidation process”.

process, and the amount of the liquidation share, if any². Unlike the management body, the monitoring of a company body does not undergo any changes following the beginning of liquidation: it continues to carry out its activity and retains its previous structure and composition³, although the ongoing liquidation does affect to some degree the performance of its duties⁴. Indeed, when an event that involves the dissolution of a company occurs, liquidators substitute for managers and take over the management of the corporation. The monitoring body ceases to supervise the ordinary management activities, and concentrates on monitoring the liquidation of the corporate assets, in order to ensure that all creditors are satisfied.⁵ The

² TURELLI, *L'informazione sulla gestione nella società per azioni in liquidazione [Information in the Liquidation of Joint-Stock Companies]*, op. cit., 12.

³ FERRI jr, *La gestione di società in liquidazione [The Management of Companies under Liquidation]*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 421; PIRAS, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione [Dissolution, Liquidation and Termination]*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, 329; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a., dopo la riforma delle società [Directors in Joint-Stock Companies after the Company Law Reform]*, Milano, 2004; TURELLI, *Il collegio sindacale nella società per azioni in liquidazione [The Board of Auditors in Joint-Stock Companies under Liquidation]*, in *Il collegio sindacale* (edited by Alessi-Abriani-Moreta), Milano, 2007, 497: «the administration and the governance of joint-stock companies under liquidation have not been adequately investigated. This is surprising for two reasons. On the one hand, because the new provisions dealing with liquidation emphasize the prominence of corporate governance and management, and recognize (in sect. 2488 of the Civil Code) the importance of keeping the same organizational rules adopted during the active stage. On the other hand, because interpretation appears to be necessary, since the provisions concerning liquidation are by no means as consistent and complete as the ones dealing with the active stage of companies. The laws about liquidation include some rules for the bodies and others dealing with the winding-up process, as well as a provision concerning the cessation of the corporate governance, in the art. 2487) of the Civil Code, under which the regulations prescribed for the active stage are still applicable in the event of liquidation. For this reason, most regulations affecting companies under liquidation must be derived from those applied to the companies in their active stage, after checking their compatibility with the specific provisions dealing with the liquidation process».

⁴ TURELLI, *Il collegio sindacale nella società per azioni in liquidazione [The Board of Auditors in Joint-Stock Companies under Liquidation]*, op. cit., 498. The author argues that the transition from the active stage to liquidation affects the monitoring body. Indeed, despite the fact that the monitoring body continues to exist during liquidation «the regulations applied it undergo modifications, since Chapter VIII contains some specific provisions concerning statutory auditors only, and the art. 2488 of the Civil Code states that the provisions listed in section 2397 of the Civil Code and in the following ones can be applied only when they comply with the liquidation rules».

⁵ TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione [The Management of Joint-Stock Companies under Liquidation]*, Milano, 2012, 42. The author argues that the person interpreting the law – whose duty is to evaluate the compliance of the regulations adopted during the active stage with the specific provisions dealing with corporate governance during liquidation – defines the rules applicable to the monitoring body during the wind-

monitoring body, if any, thus plays an essential role in ensuring that liquidators act with honesty and correctness while carrying out the liquidation of the corporate assets, instead of working for the development of the company. The monitoring body supervises the correctness of the liquidators' decisions, and ensures that they behave in the interest of the company, in order to obtain the highest value from the liquidation share as soon as possible. The legislation dealing with liquidation calls for the intervention of the monitoring body in four moments during the winding-up of a company. The first one occurs when the body is required to ascertain the occurrence of an event involving the dissolution of the company, as provided by the first clause of section 2484 of the Civil Code.⁶ The second moment is in the time between the event involving the dissolution and the beginning of the liquidation process (section 2485, second clause, of the Civil Code), when the body is required to check whether the statutory auditors can resort to the court, in the event that directors failed to convene the meeting under the second clause of section 2478 of the Civil Code⁷. The third moment occurs during the winding-up, in the event of the dismissal of the liquidators (section 2487 of the Civil Code, which alone refers to the statutory auditors), and during the preparation of the liquidation balance final report (section 2492 of the Civil Code)⁸. The last moment

ing-up of a company.

⁶ In *Dottrina*: 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]*, in *Giur. merito*, 2011; NICCOLINI, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente [The Voluntary Liquidation of Companies between Past and Present]*, in *Giur. comm.*, 2010, 517; 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]*, in *Giur. it.*, 2010, 11.

⁷ AVI - DORIA - FRANCHIN, *La liquidazione della società [The Liquidation of Companies]*, Milano, 2008, 65; NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, in *Trattato delle società per azioni* (edited by Colombo-Portale), Torino, 1997, 40; DIMUNDO, *Scioglimento e liquidazione [Dissolution and Liquidation]*, in *La riforma del diritto societario* (edited by Lo Cascio), Milano, 2003, 31; VAIRA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali [Dissolution and Liquidation of Corporations]*, in *Il nuovo diritto societario* (edited by Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti), Bologna, 2004, 2037.

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., 621; PARRELLA; sub sect. 2487, in *Commentario* (edited by Sandulli-Santoro), III, Torino, 2003, 258; DI SABATO, *Diritto delle società [Company Law]*, Milano, 2003, 497; NICCOLINI, *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma [The Management of Companies under Liquidation: First Considerations on the Reform]*, in *Riv. soc.*, 2003, 903; FIMMANÒ - TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma [Dissolution, Liquidation, and Termination of Corporations after the Reform]*, in *Riv. not.*, 2004, 339.

occurs after the company's removal from the register, under section 2495 of the Civil Code, when the body is required to monitor any potential and unexpected event that might take place after the removal⁹.

2. Obligation of the bodies of a company to intervene in order to define "immediately" the reasons for dissolution

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 cause¹⁰.

⁹ ZORZI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese, estinzione della società e tutela dei creditori [Removal of Companies from the Register of Companies, Termination of Companies, and Protection of Creditors]*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 102; PORZIO, *La cancellazione [Removal of the Company from the Register]*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso (dir. by Abbadessa-Portale), IV, Torino, 79; NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali [Dissolution, Liquidation, and Termination of Corporations]*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina* (edited by Ambrosini), Torino, 2003, 192; SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito all'iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese [The Termination of Corporations Following Their Removal from the Register of Companies]*, in *Riv. soc.*, 2004, 524.

¹⁰ 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, pubblic-*

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 dissolution¹¹, 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 prerogatives¹². After ascertaining the occurrence of an event involving dissolution, the management body

ità 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 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 widening-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»).

¹¹ 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».

¹² FIMMANÒ, *Accertamento, 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».

must notify it to 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 program¹³. The administrator's prerogatives come to be evaluated from a winding-up perspective only¹⁴. 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 parties¹⁵ in the period between the occurrence of an event referred to section 2484 of the Civil Code and the transfer of power to liquidators¹⁶. 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 to ascertain and report the event¹⁷. 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.¹⁸ 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 Code¹⁹. 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 companies²⁰. If directors fail to carry out this task, or if they do not do so in the shortest 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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».

¹⁵ 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.

¹⁶ BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. [Directors in Joint-Stock*

Companies], op. cit., 169.

¹⁷ 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».

¹⁸ 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.

¹⁹ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale [Standards of Conduct for the Board of Auditors]*, Standard 10.8., op. cit., 18.

²⁰ 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 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 Code²¹. 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 status²². The events requiring an ascertain-

ment 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. 6²³. 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 person²⁴.

The reference to creditors is particularly important for limited-liability companies, where the lack of a provision similar to section 2394 of the Civil Code has given rise to doubts as to whether such a liability actually exists²⁵. The second clause states that if directors

²¹ 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 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*».

²² 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 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].

²³ 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*».

²⁴ FIMMANÒ, *Accertamento, pubblicità ed effetti dello scioglimento [Ascertainment, Notification, and Effects of Dissolution]*, 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*».

²⁵ See LAURINI, *Manuale breve della srl [Short Manual of Limit-*

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 register²⁶. 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 clause²⁷. 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 of dissolution cannot include the definition of cases in which the winding-up is not decided by the meeting²⁸.

ed-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.

²⁶ 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».

²⁷ 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.

²⁸ 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

3. The supervening impossibility to achieve the corporate purpose as an absolute, irreversible, and definitive condition

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 Code²⁹. Both doctrine³⁰ and jurisprudence³¹ 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.³² Therefore, a suspension of the activities

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 deformalization of the meeting that decides on the dissolution, compared to what section 2484 n. 6 of the Civil Code provides. Such a deformalization 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».

²⁹ 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.

³⁰ DI SABATO, *Manuale [Manual]*, op. cit., 557; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale [Commercial Law]*, op. cit., 523.

³¹ Court of Cassation, verdict n. 4683, issued on 21 July, 1981, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 7.

³² 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 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 finalia no, la sociedad debe disolverse porque no cumple con su finalidad. Desaparecido el ánimo de lucro o la posibilidad de sacar

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 purpose³³. 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”³⁴. 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”³⁵. 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.³⁶ 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.³⁷ 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 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 rea-

provecho de él, la sociedad mercantil como tal debe ser disuelta”.

³³ TRAVERSA, *Le cause di scioglimento [Events Involving Dissolution]*, in *Scioglimento e liquidazione delle società (edited by Fimmanò)*, Milano, 2011, 44.

³⁴ Consiglio Nazionale Notariato, *Studio n. 237/2014*, 2.

³⁵ 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”.

³⁶ NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, op. cit., 265.

³⁷ 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.

son, 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.³⁸ 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.

4. The circumstances that prevent the meeting from operating properly and cause it to remain continuously inactive

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 inactivity³⁹. The ascertainment of the definitive inability of the meeting to work – notwithstanding the obvious differences in the quantitative and qualitative criteria adopted⁴⁰ – 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 meeting⁴¹. In both cases, dissolution is allowed only if the necessary decisions on which the survival of the company depends can no longer be made⁴². It has been argued

³⁸ Consiglio Nazionale Notariato, *Studio n. 237/2014*, 6.

³⁹ 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 estatutos y si no se lleva al cabo estas actividades sociales, la sociedad queda descabezada y no puede actuar en el tráfico mercantil».

⁴⁰ 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.

⁴¹ FERRARA JR - CORSI, *Gli imprenditori e le società [Entrepreneurs and Companies]*, Milano, 2001, 648.

⁴² Court of Naples, verdict issued on 12 January, 1989, in *Giur. comm.*, 1989, I, 426 and in *Società*, 1989, 839; Court of Cassation, 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

that although the inability to operate or the continuing inactivity are usually referred to the meeting only, they could actually be applied to any other body of a company as well. On the other hand, some⁴³ 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.⁴⁴ 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”⁴⁵. 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. A part of the doctrine⁴⁶ 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

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.

⁴³ NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, op. cit., 278.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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».

⁴⁶ PINTUS, *Lo scioglimento [Dissolution]*, in *La nuova srl* (edited by Farina-Ibba-Racugno-Serra), Milano, 2003, 448.

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 expressed⁴⁷. 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 Code⁴⁸. 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 doubt⁴⁹. 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 duties⁵⁰. 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 again⁵¹. 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

⁴⁷ 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.

⁴⁸ See PASQUARIELLO, *sub* section 2484, in *Il nuovo diritto delle società* (a cura di Maffei Alberti), Padova, 2005, III, 2150.

⁴⁹ 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».

⁵⁰ Court of Prato, verdict issued on 17 December, 2009, op. cit., 748.

⁵¹ 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».

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.⁵² 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 company⁵³. 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 duties⁵⁴. Therefore, the inability to operate or the continuous inactivity must result from permanent contrasts among shareholders, confusion and laxity⁵⁵. 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 again⁵⁷. 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 meetings⁵⁸.

5. Decrease of the share capital below the minimum value provided by the law

Under section 2484, n. 4, of the Civil Code, the decrease of the share capital below the minimum level envisaged by the law, following events that cause more than one third of it to be lost, results in the dissolution of the company⁵⁹. Section 2447 of the Civil Code envisages an exception for joint-stock companies; if their capital decreases below the minimum level, directors or the managing board – or, if they fail, the supervisory board – are required to convene the meeting immediately, in order to make decisions about the reduction of the capital and its simultaneous increase up to a value not less than the minimum, or the conversion of the company to another type of company⁶⁰. As for limited-liability companies, the ex-

⁵² Court of Alessandra, 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.

⁵³ 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».

⁵⁴ 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».

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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]*.

⁵⁷ Court of Cassation, verdict n. 5498 issued on 8 May, 1992, in *Società*, 1992, 1066.

⁵⁸ 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».

⁵⁹ On the Spanish law provisions dealing with the *reducción del capital social*, see IRUZUBIETA, *Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido)*, *op. cit.*, 529: «la reducción del capital social por debajo del mínimo legal está fijado en las dos terceras partes es obligatoria en las sociedades anónima si habiendo transcurrido un ejercicio no se hubiera recuperado el patrimonio neto. La falta de recuperación, incluso cuando se intenta mediante el procedimiento del acordeón practicando simultáneamente la reducción y el aumento, es causa de disolución de una sociedad».

⁶⁰ PORTALE, *I bilanci straordinari delle società per azioni [Non-Ordinary Financial Statements in Joint-Stock Companies]*, in *Riv. soc.*, 1978, I, 323; FABRIZIO, *Operazioni di riduzione del capitale per perdite [Capital Reduction Due to Losses]*, in *Società*, 1993, 1377; FIMMANÒ, *Riduzione del capitale per perdite sulla base del precedente bilancio di esercizio [Capital Reduction Due to Losses Based on the Previous Financial Statement]*, in *Notariato*, 1995, 574; LEONE, *Perdita del capitale sociale e diritto di opzione dei soci [Loss of the Share Capital and Right of First Refusal for Shareholders]*, in *Società*, 2006, 896; FENGHI, *La riduzione del capitale. Premesse*

ception stems from section 2482-ter of the Civil Code, which includes provisions similar to those outlined in section 2447 of the Civil Code⁶¹. Such an event involves the dissolution of a company because the share capital also provides creditors with an additional guarantee, which could no longer be provided if the capital decreased below the minimum level defined for each type of company⁶². Therefore, it has been argued that the failure to provide this additional guarantee by means of the share capital normally results in the dissolution of the loss-making company, unless such a condition is reversed by adopting all the measures envisaged by the legislation. The need to regulate these three types of companies has prompted the legislature to use the same set of rules to deal with the reduction of the share capital in joint-stock companies, in partnerships limited by shares, and in limited-liability companies. Therefore, the previous set of rules and the current one are basically the same: the dissolution of the company has its operational limit in the will of the meeting to continue the activity of the company. This will result in the reduction of the share capital and its concomitant increase, and/or in the modification of the type of the company.⁶³ How-

ever, authors disagree as to when the event involving dissolution occurs and how long it takes reverse it. Some argue that the event referred to in section 2484, clause 1, n. 4, of the Civil Code involves the dissolution of the company from the moment in which its share capital actually decreases below the minimum level envisaged by the law, thus before directors ascertain its occurrence and convene the meeting to take the necessary measures.⁶⁴ However, the doctrine usually rejects this point of view, because «the power of managers would be limited to the implementation of the measures aiming to the protection of the assets of the company»⁶⁵. Part of the doctrine⁶⁶ rejects the idea⁶⁷ that the interests of creditors may be at risk if the implementation of the limitation referred to in section 2486 of the Civil Code depended on the shareholders' decision. This rejection is based on two reasons. The first is that the duties of directors following the occurrence of an event involving the dissolution of the company include both the convocation of the meeting and the ascertainment of the occurrence of the event, if the meeting fails to act, without interrupting the activities of the company, as required by section 2447 of the Civil Code. The other reason is the old assumption according to which the implementation of the measures referred to in section 2447 does not depend on the financial situation of the company. Therefore, the crisis of a company could be unrelated to serious financial difficulties and pose little or no risk to creditors' interests, thus not requiring the immediate termination of the business.⁶⁸ Another possible solution requires directors to ascertain the occurrence of an event involving dissolution and publicly notify it, before the meeting decides whether to dissolve the company or restore its minimum share capital. In such a case, if shareholders decide to restore the minimum share capital, the resolution re-

per una ricerca sulla funzione del capitale nelle società per azioni [Reduction of the Capital. Preliminary Reflexions for the Discussion of the Role of Capital in Joint-Stock Companies], Milano, 1974, 68; FRE', *Società per azioni [Joint-Stock Companies]*, op. cit., 827; Belviso, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle S.p.a. [Amending the Charter in Joint-Stock Companies]*, in *Trattato Rescigno*, XVII, Torino, 1985, 134; NOBILI - SPOLIDORO, *La riduzione di capitale [Reduction of the Capital]*, in *Trattato Colombo-Portale*, VI, Torino, 1993, 335; BIANCHI, *Le operazioni sul capitale sociale [Operations on the Share Capital]*, Padova, 1998, 270; PLATANIA, *Le modifiche del capitale [Changing the Share Capital]*, Milano, 1998, 155; BONACCORSI DI PATTI, sub art. 2446, in *La riforma delle società* (a cura di Sandulli-Santoro), Torino, 2003, 940; DI SABATO, *Diritto delle società [Company Law]*, op. cit., 398; GUERRERA, sub sentions 2446- 2447, in *Società di capitali. Commentario* (edited by Niccolini-Stagno d'Alcontres), Napoli, 2004, 1200.

⁶¹ GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale nella società a responsabilità limitata [Operations on the Share Capital in Limited-Liability Companies]*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 782; PINNARÒ, sub sect. 2482-bis, in *La riforma delle società* (edited by Sandulli-Santoro), III, Torino, 2003, 211; BARTALENA, sub sect. 2482-bis, in *Società di capitali. Commentario* (edited by Niccolini-Stagno d'Alcontres), III, Napoli, 2004, 1680; SPOLIDORO, *La riduzione del capitale sociale nelle s.r.l. [Reduction of the Share capital in Limited-Liability Companies]*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, III, 2.

⁶² See NOBILI, *La riduzione del capitale [Reduction of the Capital]*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2007, III, 335.

⁶³ This analysis shows that, even after the reform, only the loss of more than one third of the share capital involves the dissolution of the company, as most verdicts point out: Court of Rome, verdict issued on 1 July, 1989, in *Le Società*, 1989, 1089; Court of Bologna, verdict issued on 26 June, 1990, in *Soc.*, 1990, 1509; Court of Rome, verdict issued on 19 March, 1990, in *Soc.*, 1990, 1337. The doctrine also shares this view. DI SABATO, *Manuale delle società [Manual of Companies]*, op. cit., 558; GALGANO, *Le società per azioni [Joint-Stock Companies]*, cit., 390. *Contra FER-*

RARA JR - CORSI, Gli imprenditori e le società [Entrepreneurs and Companies], op. cit., 648, who argue that the cases referred to in section 2448 n. 4 of the Civil Code before the reform also include the circumstances under which the reduction of the share capital is decided by the meeting regardless of the context in which the loss of more than one third of the social capital took place.

⁶⁴ Court of Cassation, verdict n. 9619 issued on 22 April, 2009, in *Vita not.*, 2011, 97; Court of Cassation, verdict n. 13503 issued on 9 June, 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 206.

⁶⁵ ZANARONE, sections 2475-2483, in *Della società a responsabilità limitata [Limited-Liability Companies]*, 2010, 1720; VENTORUZZO - SANDRELLI, section 2447, in *Riduzione del capitale sociale, Commentario* (dir. by Busnelli), Milano, 2013, 107. The authors argue that the management of the company would become impossible while waiting for the meeting to decide under section 2447, and this would impair the continuity of the business, the survival of which is the main goal that section 2447 of the Civil Code pursues.

⁶⁶ VENTORUZZO - SANDRELLI, section. 2447, op. cit., 108.

⁶⁷ NOBILI - SPOLIDORO, *La riduzione del capitale [Reduction of the Capital]*, in *Trattato delle società per azioni* (edited by Colombo-Portale), Torino, 1993, 197.

⁶⁸ VENTORUZZO - SANDRELLI, sub sect. 2447, op. cit., 108.

ferred to in section 2447 of the Civil Code must be adopted together with another resolution that cancels the liquidation of the company⁶⁹. The dissolution does not automatically take place when the share capital decreases below the minimum level defined by the law. It only occurs when directors submit to the register a declaration stating the occurrence of an event involving dissolution, after the immediately convened meeting did not decide to restore the share capital or to turn the company into another type of company that can survive with a lower capital⁷⁰. The meeting of shareholders is allowed to approve these resolution, with the same majorities required to amend the charter, since the unanimous consent of shareholders is not required even when the share capital is entirely lost⁷¹. If the meeting fails to act, either because it

⁶⁹ CAVALIERE, *Le cause di scioglimento [Events Involving Dissolution]*, op. cit., 95: «These resolutions should automatically result in the cancellation of liquidation, if we accept the point of view outlined in the text, according to which the liquidation actually begins when the occurrence of the event involving dissolution is ascertained and notified to the register. On the other hand, if we assume that the liquidation begins in a different moment – for example, when the appointment of the liquidators is notified – this allows for a longer time to cancel liquidation before the provisions of section 2487 *ter* of the Civil Code become applicable». VENTORUZZO-SANDRELLI, *sub sect. 2447*, op. cit., 112, support this point of view by arguing that dissolution occurs if directors fail to convene the meeting (in this case, the dissolution is deemed caused by directors, and the failure to convene the meeting is sanctioned administratively under section 263, clauses 1 and 2) or if shareholders either choose or fail to take the necessary measures to “restore” the company. The authors point out that in both cases directors are required to follow the provisions of section 2485, and are personally and jointly liable for any damages incurred by the company, by creditors and by third parties because of their failure to comply with the law.

⁷⁰ BOLOGNESI, *L’ampliamento dell’autonomia privata in tema di scioglimento delle società di capitali [The Extension of Private Autonomy in the Dissolution of Corporations]*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, II, 130 argues that «There is no doubt that the choice to allow the managing body – or the Court, if such a body fails – to ascertain the actual occurrence of an event involving the dissolution of the company [...] confirms that creditors cannot request the dissolution and liquidation of the company, on the one hand, and tends to “privatize” the last stage of the company’s lifespan, making the Court intervention residual, on the other hand».

⁷¹ TRAVERSA, *Le cause di scioglimento [Events Involving Dissolution]*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali* (edited by Fimmanò), Milano, 2011, 234, points out that «This solution also shows some drawbacks. Particularly, the restoration of the share capital approved by most shareholders is likely to affect the right of each shareholder to keep his status, forcing him to provide additional capital to retain his rights on the assets of the company, because the loss of the whole capital causes shares to lose all of their value, which, in turn obliterates the criteria to exercise the rights of shareholders and forces them to increase the capital. However, it is undeniable that the rights of shareholders to the assets of the company retain some degree of economic importance, and therefore should be protected by the law, even when the share capital of the company is entirely lost; in this case there might still be a capital surplus, because of the value of items not recorded in the balance sheet, such as goodwill, or due to the fact that the items included in the balance sheet are eval-

uates in accordance with the principle of prudence. Therefore, if a shareholder were unable to underwrite the capital increase, he would lose the right to obtain part of the aforementioned value during liquidation. However, it is usually argued that this cannot justify the violation of the rule of the majority, which represents the principle that the meeting of shareholders must follow in corporations. This point of view is supported by the fact that shareholders do benefit from means that allow them to keep their status, since they can exercise the right of option granted by the law with respect to the newly issued shares. Therefore, the exit of a shareholder from the company always depends on his personal choice, by which he decides not to underwrite the capital increase by exercising the right of option».

uated in accordance with the principle of prudence. Therefore, if a shareholder were unable to underwrite the capital increase, he would lose the right to obtain part of the aforementioned value during liquidation. However, it is usually argued that this cannot justify the violation of the rule of the majority, which represents the principle that the meeting of shareholders must follow in corporations. This point of view is supported by the fact that shareholders do benefit from means that allow them to keep their status, since they can exercise the right of option granted by the law with respect to the newly issued shares. Therefore, the exit of a shareholder from the company always depends on his personal choice, by which he decides not to underwrite the capital increase by exercising the right of option».

⁷² CAVALIERE, *Le cause di scioglimento [Events Involving Dissolution]*, op. cit., 100.

⁷³ Court of Cassation, verdict n. 23626, issued on 17 November, 2005, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 11, reads that «If the share capital that has decreased below the minimum level, due to the loss of more than one third of its value, is restored, as envisaged by section 2447, such a capital does not have to be underwritten (at least within the limits of the minimum level) soon after the meeting decides to restore it, so that no shareholder may regret in any way his failure to exercise his right of option. Indeed, the company is dissolved automatically, under section 2448 of the Civil Code, unless the capital is restored. The decrease of the share capital below the minimum level does not require taking the aforementioned measure, but only obliges directors, under section 2447 of the Civil Code, to immediately convene the meeting in order to take the necessary measures». According to verdict n. 13503, issued by the Court of Cassation on 8 June 2007, in *Foro it.*, 2008, 206, it is always necessary to pay an adequate amount in order to reverse the dissolution of the company, even if the restoration of the capital is postponed. The Supreme Court pointed out that «when the share capital of a company decreases below the minimum level envisaged by the law, following the loss of more than one third of its value, the meeting cannot prevent dissolution by just deciding to restore the capital and setting a term to subscribe for new shares. On the contrary, dissolution is only stopped when the new shares are actually underwritten». 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, 17; COTTINO, *Diritto societario [Company Law]*, Padova, 2006, 529, argues that «there is a coordination problem between section 2447, which requires formal reduction to be carried out only if the decrease of the capital below the minimum level is caused by the loss of more than of third of its value, and section 2484, which refers to the decrease of the capital below the minimum level as an event involving the dissolution of the company, regardless of the amount of the loss that caused it», and that «the different sets of rules should be harmonized», because «it is unlikely that the legislature – in dealing with the decrease of the share capital – may implicitly envisage a case in which the dissolution of a company is not mandatory because less than one third of the capital has been lost, despite the fact that the capital decreased below the minimum level, and the meeting is not required to take any mea-

The monitoring body is required to check whether the capital injection is sufficient to counterbalance any potential loss occurring after the resolution of the meeting; should the new capital be insufficient, the cause of dissolution would not be eliminated, since the share capital of the company would not be adequately restored. The Board of auditors, therefore, must check whether the new contributions of shareholders are sufficient to restore the eroded capital, in order to prevent dissolution. The occurrence of an event referred to in section 2484 of the Civil Code does not require directors to immediately shut down the business, which, on the contrary, can be carried out even by liquidators.⁷⁴ In these circumstances, auditors are required to monitor the behavior of directors both formally and practically, by checking whether their decisions comply with the principles of prudent administration⁷⁵. It is noteworthy that not every loss that causes the capital to decrease below the minimum level can involve the dissolution of the company; only when more than one third of the capital is lost can the dissolution occur⁷⁶. It has been argued⁷⁷ that this principle aims to provide the market with reliable and transparent information, while at the same time allowing companies to benefit from some degree of flexibility. Therefore, only when the loss exceeds one third of the capital and causes it to

sure; without any resolution of the meeting, the most serious event would take place, i.e. the liquidation of the company».

⁷⁴ FACCHIN, sub *sect.* 2487, in *Commentario delle società* (edited by Grippo) [*Commentary of Companies* (edited by Grippo)], Torino, 2009, 1139: «A company (or part of a company) is allowed to temporarily continue to carry out its activities, in order to prevent the damages caused by the sudden cessation of the business: the goodwill, the value of which is included in the sale price of the company, is thus preserved. The results of this cycle are recorded separately». VERNA, *La liquidazione delle società di capitali [Liquidation of Companies]*, Padova, 2009, 50: «The business must be continued by directors. For this purpose, they are allowed to increase the deficit, if they have good reasons to believe that this will prevent a higher deficit in the future».

⁷⁵ CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate [Remarks on the Duties of the Board of Auditors in Unlisted Joint-Stock Companies]*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum di Gian Franco Campobasso (edited by Abbadessa-Portale), Torino, 2007, III, 58; AIELLO, *Il collegio sindacale: struttura e funzioni [The Board of Auditors: Its Structure and Functions]*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009* (edited by Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti), Bologna, 2009, 584. Court of Milan, verdict issued on 3 February, 2010, in *Giur. it.*, 2010, 11.

⁷⁶ NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, op. cit., 300, argues that: «As long as the loss does not exceed one third of the amount defined by shareholders, this event, however serious, does not require a resolution to intervene on the capital. A loss exceeding one third of the capital that does not cause its value to drop below the minimum level allows shareholders to either reduce the capital immediately or carry forward the loss. Only when the loss both exceeds one third of the capital and causes it to decrease below the minimum level envisaged by the law, the survival of the company is immediately affected».

⁷⁷ NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, op. cit., 301.

drop below the minimum level envisaged by the law, the survival of the company is at stake. However, the decrease of the capital below the minimum level is only tolerated when the loss stems from the normal entrepreneurial activity of the company. A loss occurring due to causes attributable to shareholders (withdrawal, exclusion of a defaulting member whose shares could not be sold during the cycle in which he was excluded, failure to alienate one's shares immediately, declaration of invalidity of a contribution in kind, declaration of invalidity or cancellation of shares), cannot be recovered and thus is not tolerated and irreversibly affects the share capital⁷⁸. If the share capital decreases below the minimum level due to the aforementioned causes, the company undergoes dissolution and the measures referred to in section 2447 of the civil Code cannot be applied⁷⁹. The Board of auditors must immediately report the non-occurrence of the circumstances referred to in section 2484, clause 1, of the Civil Code and make sure that directors stop carrying out speculative activities and convene the meeting as soon as possible. If they fail to do so, auditors are required to take the measures referred to in section 2406 of the Civil Code or, in the most serious cases, to implement the solution referred to in section 2409 of the Civil Code, i.e. calling on the state's attorney to request the declaration of bankruptcy⁸⁰.

6. Business continuity and its loss during the lifespan of companies

Under section 2423-*bis* of the Civil Code, budget items must be evaluated in accordance with the principle of prudence, in a way that aims to encourage the business continuity. According to the principle of business continuity, budget items should be interpreted by assuming that the company will continue to operate in the near future as a going concern, and that there is no intention or reason to liquidate or terminate it⁸¹. When the assumption of business con-

⁷⁸ NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, op. cit., 304.

⁷⁹ NICCOLINI, *Scioglimento [Dissolution]*, op. cit., 316.

⁸⁰ 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, 23.

⁸¹ CARATOZZOLO, *Il bilancio d'esercizio [The Financial Statement]*, 2006, Milano, 170: «The idea of "going concern" – very widespread in the North American accounting doctrine, which has discussed it extensively – is referred to in both the national accounting principles and in the IASB. Sect. 31, let. A, defines such a principle as the assumption under which «an entity is viewed as continuing in business for the foreseeable future». In the Italian accounting principles (document n. 1) going concern comes to be regarded as a *protostipulato* [a fundamental principle], which defines the concept of financial statement, i.e. a statement «aiming to provide economic and financial information about a working company that is not being transferred or liquidated»; RACUG-

tinuity in the foreseeable future does not seem to be applicable to a company, such a company should be evaluated in a completely different manner. The managing body is required to evaluate the ability of the company to continue to operate in the future. The monitoring body, in turn, must periodically ask the managing body for detailed information about any situation that may put the survival of the company at risk⁸². The financial statement is prepared assuming that the company will continue to operate in the near future, usually for not more than one year, unless some evidence exist that the business continuity may be at stake. Therefore, in recording assets and liabilities the assumption is made the company will be able to fulfill its obligations during its normal activities⁸³. Therefore, the data concerning the profitability of the company and its ability to obtain financial resources are of utmost importance.⁸⁴ Part of the doctrine argues

that, when the financial statement is prepared, the likelihood that the company will continue to operate should be ascertained. Therefore the rules requiring to check whether some potentially dangerous operations are actually sustainable seem to give rise to a principle calling on directors to ascertain how compatible their management policies are with the survival of the company⁸⁵. In order to determine whether the company is likely to continue to carry out its activities, the auditing body has to consider some financial⁸⁶, managerial⁸⁷, and “other” indicators⁸⁸. In ascertaining whether the company is likely to continue to operate, the monitoring body is required to check its financial situation, and make sure that an economic *equilibrium exists*, which guarantees an adequate remuneration of the factors of production. If the survival of the company can no longer be guaranteed, the same monitoring body has to evaluate the balance sheet items not in the context of business continuity, but in the context of its liquidation or transfer.⁸⁹ Therefore,

NO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari [Loss of Business Continuity and Notifications]*, in *Giur. comm.*, 2010, 208: The law regards the principle of business continuity as the base for the preparation of financial statements. It implies the ability of a company «to carry out its activity in the near future, without any intention or reason to undergo termination, liquidation, or bankruptcy proceedings».

⁸² CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale [Standards of Conduct for the Board of Auditors]*, in www.cndcec.it, retrieved on 15 December 2010, Standard 3.2. *Vigilanza sull'osservazione della legge e dello statuto [Supervision on the Compliance with the Law and the Charter]*. Under IAS 570, the auditor must take into account the principle of business continuity while planning and performing the audit, and while evaluating its outcomes.

⁸³ CARATOZZOLO, *Il bilancio d'esercizio [The Financial Statement]*, op. cit., 171: «The actual extent of the principle of “going concern” is outlined in the following observations: – the criteria referred to in section 2423 and in the following ones are based on the assumption that the company is operating in the normal way, and therefore cannot be applied when the “normal operation” ceases, as is the case during voluntary or imposed liquidation, merger, separation and transfer, i.e. when the goals are different from the careful assessment of the profits distributable to the entitled individuals [...]. Before the financial statement is prepared, directors and managers (as well as auditors) must be sure that the company can reasonably continue to operate for at least one fiscal year following the current one [...]. If the company is not likely to be able to continue its activities (due to voluntary liquidation of bankruptcy proceedings) or if its ability to function is likely to be greatly impaired by the end of the next fiscal year, *this does not result in the liquidation criteria being adopted instead of the normal ones*; rather, the measures referred to in section 2426 of the Civil Code must be applied in such cases, because *the evaluation criteria adopted during liquidation can only be used after the company actually enters the liquidation process, not before*» (emphasis in the original).

⁸⁴ About the data included in the initial and final statements, NICCOLINI, *I bilanci di liquidazione [Final Statements]*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadesse (dir. by Campobasso-Careiello-di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi), 2, Torino, 2014, 1269: «When dealing with liquidation and measuring its varying results by means of numbers, how can we, *as a rule*, rely on the “going concern” criteria? The regulations seem to take this into account, as they – somewhat ambiguous-

ly – rely on the criteria adopted during normal operation *to the extent that they are compatible with the liquidation process*. Therefore, we should wonder whether the principles usually adopted in accounting (as well as the general rules about transparency, truth, correctness and prudence) are always applicable to the financial statements prepared during liquidation, but the content of such statements is regulated by the rules adopted during normal operation only when there is no way to outline the financial situation of the company by means of the criteria adopted during liquidation».

⁸⁵ SACCCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria [Liability of Managers in the Crisis of Companies]*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 306, «When the business continuity is not likely, the criteria adopted for final statements must be used».

⁸⁶ IAS 570 lists these “financial indicators”: a) capital deficit; b) loans with a fixed maturity and loans almost expired, which are unlikely to be renewed or repaid, as well as a high dependency on short-term loans to finance long-term activities; c) bad and worsening economic and financial indexes; d) high losses; e) inconsistent distribution of dividends or failure to distribute them altogether; f) impossibility to repay debts and comply with the terms of loans; g) change of attitude of providers, with respect to credit and payment on delivery; h) impossibility to get funds to develop new products or make additional, necessary investments.

⁸⁷ IAS 570 lists these “managerial indicators”: a) resignation of advisors and auditors; b) loss of managers, who are not replaced with new ones; c) loss of important markets, licenses or providers; d) lack of personnel and supplies.

⁸⁸ IAS 570 lists these “other indicators”: a) decrease of the share capital below the minimum level provided by the law; b) expiration of the term referred to in the charter, without any extension; c) legal and tax disputes likely to force the company to pay more than it can reasonably afford; d) law amendments or government actions likely to negatively affect the company; e) loss of the authorizations required to carry out the company's main activity.

⁸⁹ RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari [Loss of the Business Continuity and Notifications]*, op. cit., 213: «Before a possible liquidation, the following items are normally removed from the budget: i) start-up and expansions costs; ii) research, development and advertisement costs; iii) industrial patents rights and right to use copyrighted material; iv) plant and equipment; v) industrial and commercial facilities. The value of goodwill always decreases or even disappears altogether,

according to the “going concern” principle, the future, outcome of uncertain events and circumstances must be assessed when the financial statement is prepared⁹⁰. While carrying out its duties, the monitoring body is required to take measures in order to gather evidence that may enable it to evaluate the financial statement⁹¹. Should any doubt arise about the company’s ability to continue to operate in the near future, the body is required to take some measures in order to ascertain whether the survival of the company is actually at risk⁹². The company’s ability to continue to operate must be periodically evaluated by directors and by the monitoring body. When the company appears to be able to operate, but there is still a degree of uncertainty, the auditing body is required to describe

because there are no chances that the company will continue to operate in the future». RACUGNO, *Interessi, poteri e criteri nella liquidazione dei beni degli enti [Interests, Powers, and Criteria in the Liquidation of the Assets of Entities]*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 35 deals with the transition from the management of the entity to its liquidation, and argues that directors should concentrate first on the preparation of an inventory, and then on the transfer of the assets and documents to liquidators. The author writes that “The goals of liquidation vary according to the characteristics of the entity; this affects whether the remaining cash is distributed to shareholders or transferred to other entities carrying out similar activities. [...] However, a balance sheet must be prepared whenever an entity undergoes liquidation, and the value of the assets must be redefined in order to achieve realization, so that the transition from the book value of the assets to their economic value allows to ascertain whether the economic value is positive or negative. Moreover, the items that cannot be realized (such as the costs for an advertising campaign) must be removed from the liquidation balance sheet.

⁹⁰ *International Standard on Auditing 570*.

⁹¹ REGHIZZI CRESPI, *Economic Crises and the Determination of Damages in Investment Disputes: Which Lessons from the Argentina Awards?*, in *Dir. comm. int.*, 2014, 437: «The most frequently adopted technique for the calculation of the fair market value of the investment, when the latter is a “going concern with a proven record of profitability”, is the discounted cash flow (DCF) method. As other income-based methods, DCF calculates the value of a business on the basis on its capacity to generate income during its residual life. The DCF method has been followed in many of the cases against Argentina».

⁹² IAS 570 lists the measures that are relevant in these circumstances: a) analyzing and discussing cash flow, profit and other relevant forecasts with management; b) performing audit procedures regarding subsequent events to identify those that either mitigate or otherwise affect the entity’s ability to continue as a going concern; c) analyzing and discussing the entity’s latest available interim financial statements; d) evaluating the entity’s plans to deal with unfilled customer orders; e) reading the terms of debentures and loan agreements and determining whether any have been breached; f) reading minutes of the meetings of shareholders, those charged with governance and relevant committees for reference to financing difficulties; g) Inquiring of the entity’s legal counsel regarding the existence of litigation and claims and the reasonableness of management’s assessments of their outcome and the estimate of their financial implications; h) confirming the existence, legality and enforceability of arrangements to provide or maintain financial support with related and third parties and assessing the financial ability of such parties to provide additional funds.

the event and the circumstances that may threaten its survival, and outline the managers’ plans to face such events, if any⁹³. Moreover, the body must emphasize any potential event that may rise doubts as to whether the company is able to continue to operate and comply with its normal obligations⁹⁴.

If the monitoring body certifies that the company cannot survive as a going concern, and if the financial statement was prepared assuming that the company would continue to operate, the auditor has to issue an adverse opinion. A part of the doctrine has considered the business continuity dependent on the financial situation of the company, i.e. on the amount of financial resources it can use to carry out its activities⁹⁵. Therefore, when the company is no longer able to operate and no resolution has been approved under section 2484, numbers 2 and 3, directors should

⁹³ SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria [The Liability of Managers in the Crisis of Companies]*, op. cit., 307: «In acknowledging that managers are liable for the violation of their duties, we face a hurdle. Determining whether some management decisions are likely to put the survival of the company at risk is a very delicate task, which is carried out by those who have the power to direct the company. Allowing an ex-post judicial review of such decisions (even when carried out from an ex-ante point of view) could negatively affect the freedom to conduct a business. Indeed, in capitalistic legal systems, which recognize such a freedom, the judicial review of management decision is somewhat limited. Therefore, authors usually argue that management decisions are not prosecutable, as long as they do not stem from conflicts of interest that may prompt directors to act against the company, are adequately justified and do not appear to be illogical».

⁹⁴ Document n. 570, to which add the principle n. 002 (CN-DCEC PR), *Modalità di redazione della relazione di controllo contabile ai sensi dell’art. 2409-ter del codice civile [How to Prepare the Audit Report Under Section 2409-ter of the Civil Code]*, approved by the National Council of Chartered Accountants and Auditors (Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili) on 15 April, 2009.

⁹⁵ BOGGIO, *Rendicontazione finanziaria nella gestione ordinaria e liquidatoria delle società di capitali [Financial Reporting During Ordinary Management and Liquidation of Corporations]*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, 477: «In IAS/IFRS, the winding-up of companies is not taken into account. Therefore, no (expressed) provision in the international regulations requires the preparation of a financial report in the event of liquidation, and there is no reference to any guideline to follow. The Italian legislation does not deal extensively with such an event: it merely includes a (general) provision to «prepare a financial statement», applying «the provisions of sections 2423 and the following ones, to the extent that they are compatible with the liquidation process and its purposes». The lack of any provision dealing with the companies that, before liquidation, followed the International Accounting Standards, as well as the reference to «the provisions of sections 2423 and the following ones» may lead us to believe that during liquidation the provisions of the Civil Code and the Italian accounting standards should be applied. This would cancel the obligation to prepare the financial report, the document referred to in IAS 7, since our accounting standards only require a financial prospectus. Moreover, this prospectus should be prepared according to the criteria outlined in OIC 12».

take the measures referred to in section 2484, which requires to notify the dissolution to the register of companies⁹⁶.

⁹⁶ MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: doveri dell'organo gestorio [Termination of the Company and Impossibility to Achieve the Corporate Purpose: Duties of the Managing Body]*, in *Riv. not.*, 2014, 494. The author criticizes the point of view according to which the obligation to report the dissolution of a company when it is no longer able to operate is justified by the possibility to cancel liquidation, which is no longer a “one-way street” towards the termination of the company. The author argues that he «sees no reason why the charter should be necessarily amended when a company experiences a financial crisis, in order to restore financial balance. Indeed, it is obvious that the company can recover by gathering more financial resources, adopting strategies to manage the crisis or restructuring the debt, and therefore there seems to be no reason to impose “charter amendments” as a measure to overcome the crisis. The need to have such amendments approved by the meeting is a red tape that makes it harder for the company to overcome the crisis».

Ylenia Zaira Alfano

Avvocato del Foro di Torre Annunziata (Na) e Dottore di Ricerca in Istituzioni e politiche finanziarie, tributarie, previdenziali e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Sulla rilevanza della colpa del lavoratore per l'indennizzabilità dell'infortunio sul lavoro.

Nota a Corte di Cassazione, Sezione lavoro, 20 luglio 2017, n. 17917

abstract

For the Court of Cassation the culpable behavior of the worker, even if the only cause of the claim, is irrelevant for the recognition of the right to indemnity INAIL.

keywords

Insurance for accidents at work, job opportunity, worker's fault.

abstract

Per la Corte di Cassazione il comportamento colposo del lavoratore, quand'anche unica causa del sinistro, è irrilevante per il riconoscimento del diritto all'indennizzo INAIL.

parole chiave

Assicurazione per gli infortuni sul lavoro, occasione di lavoro, colpa del lavoratore.

Indennizzo INAIL – Occasione di lavoro – Colpa del lavoratore – Rischio elettivo – Non automatico

La colpa del lavoratore non rileva ai fini dell'esclusione della risarcibilità di un infortunio sul lavoro in quanto non costituisce sempre ed automaticamente un "rischio elettivo". L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro fa riferimento, ai fini della limitazione del suo ambito di operatività, alla nozione di "occasione di lavoro" e quindi non considera ragione ostativa della sua operatività la colpa, ancorché esclusiva, del lavoratore.

Cass., sez. lav., 20 luglio 2017, n. 17917,

Pres. D'Antonio - Rel. Rivero

(Omissis)

Svolgimento del processo

Fatti di causa

La Corte d'Appello di Firenze con sentenza 525/2011 accoglie l'appello dell'Inail contro la sentenza di primo grado che aveva riconosciuto l'inden-

nizzabilità di un infortunio sul lavoro occorso a T.E. il (omissis). A fondamento della decisione di riforma la Corte d'Appello sosteneva che l'infortunio fosse avvenuto mentre T., coltivatore diretto che fruiva dell'indennità di temporanea per un precedente infortunio, si era posto alla guida di un trattore agricolo che ribaltandosi gli aveva procurato le lesioni; che trovandosi il lavoratore in un periodo d'inabilità per precedente infortunio mancasse quindi l'occasione di lavoro e si fosse configurata invece un'ipotesi di rischio elettivo ossia di un atto volontario ed arbitrario, illogico ed estraneo alle finalità lavorative; che il secondo infortunio era perciò avvenuto a seguito di una libera iniziativa assunta dal lavoratore in un momento nel quale non avrebbe dovuto lavorare.

Contro la sentenza ricorre T. con un unico articolato motivo di censura illustrato da memoria, l'Inail resiste con controricorso.

Ragioni della decisione

1. - Con l'unico articolato motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto, insufficienza e contraddittorietà della motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio perchè, affermando che nell'infortunio in oggetto sarebbe mancata l'occasione di lavoro e si fosse configurata l'ipotesi del rischio elettivo ossia avvenuto a seguito di una libera iniziativa assunta dallo stesso lavoratore, la Corte d'Appello aveva affermato un concetto di rischio elettivo diverso da quello pacificamente riconosciuto dalla costante giurisprudenza secondo cui il rischio elettivo ricorre quando per libera scelta il lavoratore si ponga in una situazione di fatto che l'ha indotto ad affrontare un rischio diverso da quello inerente l'attività lavorativa.

2. - Inoltre sotto il profilo motivazionale il ricorso censura la tesi secondo cui l'attività lavorativa svolta in un periodo di inabilità per infortunio costituisca di per sé rischio elettivo, senza considerare che, come accertato dal primo giudice, il lavoratore non stava la-

vorando col trattore e la pregressa inabilità (piccola lesione al dito di una mano, con riconoscimento di alcuni giorni di inabilità temporanea, in via di guarigione al momento del fatto) non era collegata causalmente con il gravissimo infortunio successivo (comportante un'inabilità permanente del 25% ed un'inabilità temporanea assoluta per un periodo di 230 giorni); posto che la ricostruzione della dinamica dell'infortunio affermata nella sentenza fosse completamente diversa da quella reale, in quanto non era stato mai contestato in giudizio dall'Inail quanto affermato nel ricorso introduttivo, ovvero che il T. fosse stato investito dal trattore lasciato in moto mentre stava agganciando un attrezzo agricolo al mezzo che non era stato correttamente frenato; e non mentre si trovasse alla guida di un trattore che ribaltandosi gli aveva procurato le gravi lesioni, come erroneamente affermato nella sentenza impugnata.

3. - Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Inail per la mancata indicazione delle norme violate dalla sentenza e delle argomentazioni in diritto contenute nella sentenza impugnata che sarebbero in contrasto con le medesime. Nel ricorso infatti non mancano le indicazioni dell'une e dall'altre; dal momento che il ricorrente – oltre alla ricostruzione dinamica dell'infortunio – censura le affermazioni della Corte d'Appello, interamente riprodotte in ricorso, in tema di occasione di lavoro e la violazione dell'art. 2 Tu 1124/1965 pure richiamato testualmente con la trascrizione della giurisprudenza ad esso relativo.

4. - Nel merito il complesso motivo di ricorso è fondato, nei limiti di cui alle seguenti osservazioni.

La Corte d'Appello fiorentina ha escluso l'occasione di lavoro attraverso un esercizio tautologico secondo cui non dovendosi trovare al lavoro, perchè inabile per precedente infortunio, il lavoratore si era posto volontariamente in una situazione di "rischio che si sarebbe dovuto prevenire evitando la stessa occasione di lavoro".

5. - Si tratta di un assioma che porterebbe, con lo stesso metro, a negare l'occasione di lavoro in ogni caso in cui il lavoratore violando una qualsiasi regola precauzionale (quale indubbiamente è quella di astenersi dal lavoro nel periodo di inabilità) si ponga in una situazione di pericolo (come quando infili la mano dentro una macchina pericolosa per recuperare un attrezzo da lavoro); tale per cui tutte le volte in cui il comportamento volontario ed imprudente dello stesso lavoratore si ponga all'origine dell'infortunio, si dovrebbe allora dire negli stessi casi che l'infortunio si sarebbe potuto evitare evitando appunto la stessa occasione di lavoro. Ogni infortunio derivante da un rischio che il lavoratore avrebbe dovuto e potuto evitare verrebbe così escluso dalla tutela.

6. - Invece come questo giudice di legittimità ha avuto più volte occasione di affermare la colpa del la-

voratore non rileva perchè "l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro fa riferimento, ai fini della limitazione del suo ambito di operatività, alla nozione di "occasione di lavoro" (art. 2 del Testo Unico del 1965) e quindi (...) non considera ragione ostativa della sua operatività la colpa, ancorchè esclusiva, del lavoratore" (Cass. civ., 4 dicembre 2001, n. 15312).

Sebbene ovviamente la violazione di norme antinfortunistiche da parte del lavoratore debba essere considerata un comportamento sicuramente illecito (tanto che la legislazione più recente, al fine di responsabilizzare il lavoratore, prevede sanzioni anche a carico di questi quando non osservi i precetti volti alla tutela della salute nei luoghi di lavoro), l'illiceità del comportamento non preclude comunque in alcun modo la configurabilità dell'infortunio come evento indennizzabile; in quanto la colpa dell'assicurato costituisce una delle possibili componenti causali del verificarsi dell'evento (insieme al caso fortuito, alla forza maggiore, al comportamento del datore di lavoro ed al comportamento del terzo).

7. - Il comportamento colposo del lavoratore può invece ridurre oppure esimere, se esclusiva, la responsabilità dell'imprenditore, escludendo il diritto dell'infortunato al risarcimento del danno subito nei confronti del datore di lavoro; così come, il diritto dell'INAIL di esercitare l'azione di regresso nei confronti del datore; ma non comporta certo, di per sé, l'esclusione dell'operatività dell'indennizzo sociale previsto dall'assicurazione gestita dall'INAIL.

8. - La colpa del lavoratore non solo non rileva, ma è invece alla base del complessivo sistema protettivo apprestato dall'ordinamento il quale, in armonia con gli artt. 32 e 38 della Cost., si prefigge, anzitutto, lo scopo di proteggere, realmente, il lavoratore da ogni infortunio sul lavoro (appunto anche da quelli derivanti da colpa) e di garantirgli, in secondo luogo, i mezzi adeguati allo stato di bisogno discendente dalle conseguenze che ne sono comunque derivate.

9. - In altri termini l'art. 2 del TU copre tutti i casi di infortunio avvenuto per causa violenta "in occasione di lavoro" che cagionino un'inabilità al lavoro superiore a tre giorni; e secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale nella nozione di occasione di lavoro rientrano tutti i fatti, anche straordinari ed imprevedibili, inerenti all'ambiente, alle macchine, alle persone, al comportamento dello stesso lavoratore, purché attinenti alle condizioni di svolgimento della prestazione, ivi compresi gli spostamenti spaziali funzionali allo svolgimento della prestazione, con l'unico limite del rischio elettivo.

10. - Si dice perciò che per l'art. 2 debba esistere un rapporto di "occasionalità necessaria" tra lavoro e infortunio; un nesso cioè di natura funzionale, che abbia un rapporto con le incombenze alle quali il lavoratore è adibito: come hanno avuto modo di ribadire di recente le Sez. Unite di questa Corte con la sentenza

n.17685 del 7 settembre 2015, chiarendo il rapporto dell'art. 2 cit. con il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, art. 12 (che ha introdotto l'ipotesi dell'infortunio "in itinere") ed analizzando nella medesima pronuncia la fattispecie dell'infortunio cagionato dal fatto doloso del terzo. La quale va pure essa calata all'interno del concetto generale di occasione.

11. - Si evince infatti dalla stessa pronuncia delle SU cit. che anche il fatto doloso del terzo esclude l'infortunio indennizzabile soltanto se la finalità del fatto è estranea al lavoro; mentre non la esclude se esso mantiene un collegamento funzionale con l'attività di lavoro; ed a prescindere da qualsiasi coincidenza cronologica e topografica. Perciò la tutela rimane se c'è un aggravamento della strada (malfamata e necessaria); rimane nell'aggressione, subita lungo l'iter, ricollegabile alla funzione svolta (es. il portavalori rapinato); la tutela (sec. Cass. n. 3776/2008) va garantita anche "nella rapina subita dal lavoratore in itinere e allo scopo di sottrargli il mezzo privato adoperato (motoveicolo); così individuandosi il collegamento con il lavoro nel possesso di un bene patrimoniale, quale strumento necessario attraverso il quale si realizzava l'iter protetto". Si veda anche Cass. 10 luglio 2012 n. 11545).

12. - In materia sono dunque da evitare le conclusioni generalizzate; e va evitato di confondere l'occasione con la causa; ed il rischio elettivo con la colpa del lavoratore.

13. - La strada maestra del sistema rimane quindi il concetto di occasione di lavoro (inteso come nesso di riferibilità funzionale del fatto all'attività di lavoro), il quale per quanto attiene alla valutazione del comportamento del lavoratore risulta delimitato soltanto dal criterio del rischio elettivo, secondo una risalente e consolidata giurisprudenza.

14. - Non esiste invece nell'ordinamento assicurativo, un terzo criterio di carattere generale come quello posto dalla sentenza impugnata e ricavato in base all'assioma secondo cui l'occasione di lavoro va sempre esclusa in ogni caso in cui il lavoratore infortunato non doveva lavorare perchè in stato di inabilità per precedente infortunio; perchè al contrario lo stato di precedente inabilità (in quanto comportante un dovere di astensione) non può valere ad interrompere sempre e di per sé il nesso finalistico con l'attività di lavoro (basti pensare al lavoratore, assicurato ed inabile alla mano, che si rechi a piedi in azienda per restituire un attrezzo di lavoro e risulti investito da un'automobile sulla via del lavoro; o che, inabile ad un piede, lavori al computer per indicare una password di accesso a chi ne debba prendere le veci e venga colpito da un macchinario, ecc.).

15. - Come si evince dall'art. 65, il TU 1124/1965 esclude soltanto l'indennizzabilità dell'infortunio doloso (ossia secondo l'intenzione *ex art. 43 c.p.*); la norma prevede infatti che non sia indennizzabile l'assicurato il quale abbia simulato un infortunio o abbia

dolosamente aggravato le conseguenze di esso; ovvero nei casi in cui si verifica un infortunio i cui effetti sarebbero meno gravi senza il doloso contributo (ossia compiuto con coscienza e volontà) pregiudizievole dello stesso lavoratore.

16. - Inoltre, come già detto, con riferimento al comportamento del lavoratore, per risalente giurisprudenza, l'ambito della tutela risulta delimitato, attraverso il concetto di rischio elettivo, inteso come tutto ciò che sia estraneo e non attinente alla attività lavorativa e dovuto ad una scelta arbitraria del lavoratore; il concetto di rischio elettivo finisce quindi per delimitare sul piano oggettivo l'occasione di lavoro e dunque il concetto di rischio assicurato o di attività protetta. Di recente sul punto, Sez. L, Sentenza n. 6 del 05/01/2015: "In materia di infortuni sul lavoro, l'"occasione di lavoro" di cui al D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1224, art. 2, ricomprende tutte le condizioni, incluse quelle ambientali e socio economiche in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio di danno per il lavoratore, indipendentemente dal fatto che tale danno provenga dall'apparato produttivo o dipenda da terzi o da fatti e situazioni proprie del lavoratore, con il solo limite, in questo caso, del cosiddetto rischio elettivo".

17. - Dunque, secondo la giurisprudenza, l'assicurato non ha diritto all'indennizzo soltanto quando l'infortunio derivi da "rischio elettivo", ossia quando esso sia la conseguenza di un rischio collegato ad un comportamento volontario, volto a soddisfare esigenze meramente personali e, comunque, indipendente dall'attività lavorativa, cioè di rischio generato da un'attività che non abbia rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che esorbiti in modo irrazionale dai limiti di essa.

18. - Solo con riferimento agli infortuni in itinere la giurisprudenza tende a valutare con particolare rigore, in via di interpretazione restrittiva e di eccezione alla regola contraria, la rilevanza attribuita alla colpa ai fini dell'esclusione dell'infortunio in itinere, anche se il TU porrebbe il principio generale dell'irrelevanza della colpa. Ad es. di recente sez. 6 - L, Ordinanza n. 3292 del 18/02/2015: "In tema di infortunio "in itinere", il rischio elettivo che ne esclude l'indennizzabilità deve essere valutato con maggiore rigore rispetto a quello che si verifichi nel corso della attività lavorativa diretta, in quanto comprende comportamenti del lavoratore infortunato di per sé non abnormi, secondo il comune sentire, ma semplicemente contrari a norme di legge o di comune prudenza. Ne consegue che la violazione di norme fondamentali del codice della strada può integrare, secondo la valutazione del giudice di merito, un aggravamento del rischio tutelato talmente esorbitante dalle finalità di tutela da escludere la stessa".

19. - Per quanto attiene l'attività lavorativa diretta si afferma invece (Sez. L, Sentenza n. 11417 del 18/05/2009): In materia di assicurazione obbligatoria

contro gli infortuni sul lavoro, costituisce rischio elettivo la deviazione, puramente arbitraria ed animata da finalità personali, dalle normali modalità lavorative, che comporta rischi diversi da quelli inerenti le usuali modalità di esecuzione della prestazione. Tale genere di rischio che è in grado di incidere, escludendola, sull'occasione di lavoro – si connota per il simultaneo concorso dei seguenti elementi: a) presenza di un atto volontario ed arbitrario, ossia illogico ed estraneo alle finalità produttive; b) direzione di tale atto alla soddisfazione di impulsi meramente personali; c) mancanza di nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa.

In materia è stato autorevolmente osservato, da Cass. 15047/2007 (rel. De Matteis): “Quanto alla nozione di rischio elettivo, esso è qualificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come una deviazione puramente arbitraria dalle normali modalità lavorative per finalità personali, che comporta rischi diversi da quelli inerenti alle normali modalità di esecuzione della prestazione (Cass. 18 agosto 1977 n. 3789; Cass. 24 luglio 1991 n. 8292; Cass. 17 novembre 1993 n. 11351; Cass. 3 febbraio 1995 n. 1269; Cass. maggio 1995 n. 6088; Cass. 1 settembre 1997 n. 8269; Cass. 4 dicembre 2001 n. 15312). Nella giurisprudenza di legittimità più recente, esso viene configurato come l'unico limite che incide sulla occasione di lavoro, escludendola (Cass. 19 aprile 1999 n. 3885; Cass. 2 giugno 1999 n. 5419; Cass. 9 ottobre 2000 n. 13447; Cass. 8 marzo 2001 n. 3363). Con formula ormai consolidata e tralaticia, il rischio elettivo può essere individuato attraverso il concorso simultaneo dei seguenti elementi caratterizzanti: a) vi deve essere non solo un atto volontario (in contrapposizione agli atti automatici del lavoro, spesso fonte di infortuni), ma altresì arbitrario, nel senso di illogico ed estraneo alle finalità produttive; b) diretto a soddisfare impulsi meramente personali (il che esclude le iniziative, pur incongrue, ed anche contrarie alle direttive datoriali, ma motivate da finalità produttive, come nella fattispecie esaminata da Cass. 25 novembre 1975 n. 3950, la quale ha ritenuto non costituire rischio elettivo, ma infortunio sul lavoro connotato eventualmente da colpa del lavoratore, quello di un fattorino che, contrariamente alle direttive aziendali, si attrezzò con un proprio ciclomotore per provvedere ad una più rapida consegna dei plichi della quale è incaricato); c) che affronti un rischio diverso da quello cui sarebbe assoggettato, sicché l'evento non abbia alcun nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Questi elementi concorrono a distinguere il rischio elettivo dall'atto lavorativo compiuto con colpa, costituita da imprudenza, negligenza, imperizia, nel quale permane la copertura infortunistica”.

20. - Nel caso in esame la sentenza impugnata non si è attenuta invece ai prefati principi avendo affermato che la mancata astensione dal lavoro del lavoratore

infortunato faccia venir meno l'occasione di lavoro (la cui corretta nozione non ha richiamato) e concreti di per sé il rischio elettivo (che non ha analizzato in concreto). Essa deve essere quindi cassata.

21. - Il giudice del rinvio dovrà quindi riesaminare il caso e valutare se sussistono in concreto tutti gli elementi individuati dalla giurisprudenza di legittimità citata per la presenza del rischio elettivo. Allo scopo verificherà pure, tra l'altro, la natura dell'attività svolta ed il nesso di casualità tra il fatto ed il precedente stato di menomazione, verificando in concreto se la precedente menomazione abbia provocato direttamente l'infortunio, in via esclusiva, o comunque vi abbia almeno concorso; o se invece essa non abbia alcun collegamento casuale con l'infortunio medesimo, che si sarebbe verificato comunque.

22. - Va quindi disposto il rinvio della causa ad altro giudice, designato in dispositivo, per l'ulteriore esame della controversia. Il giudice del rinvio provvederà altresì, ex art. 385 cod. proc. civ., sulle spese del giudizio di legittimità.

PQM

(*Omissis*)

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

sommario

Premessa. – **1.** D.P.R. n. 1124 del 1965: presupposti per il diritto all'indennizzo. – **2.** Il rischio elettivo quale limite all'indennizzabilità dell'infortunio. – **3.** La decisione.

Premessa

Con l'annotata sentenza la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della possibilità (invero, escludendola) che la condotta colposa del lavoratore possa influire sul diritto dello stesso ad ottenere l'indennizzo di cui al D.P.R. n. 1124 del 1965 in caso di infortunio sul lavoro.

1. Il D.P.R. n. 1124 del 1965: presupposti per il diritto all'indennizzo

Al fine di tutelare i lavoratori vittime di infortunio, il D.P.R. n. 1124 del 1965 e successive modifiche ha previsto una specifica assicurazione obbligatoria che consente di beneficiare di prestazioni sanitarie specifiche e di ottenere un indennizzo tanto più pesante quanto più è stato grave l'evento traumatico, e quanto più gravi sono le conseguenze che sono derivate.

Affinché un infortunio possa essere ricompreso nella tutela di cui al D.P.R. n. 1124 del 1965, occorrono tuttavia tre presupposti: un evento traumatico dal quale deriva una lesione alla salute del lavoratore o la sua morte; la c.d. causa violenta; un collegamento tra questo evento e lo svolgimento dell'attività lavorativa

(c.d. occasione di lavoro). Per causa violenta s'intende un'azione intensa e concentrata nel tempo che causa le lesioni (o la morte) del lavoratore ed è il requisito che distingue l'infortunio dalla malattia professionale che, al contrario, avviene per una c.d. causa lenta, cioè un fattore di rischio al quale il lavoratore resta esposto per un lungo periodo di tempo. Tale requisito non ha mai destato troppe problematiche in quanto la giurisprudenza della Suprema Corte è oramai consolidata nell'intendere la causa violenta quale un'azione determinata e concentrata nel tempo, mentre non si ritengono indispensabili i requisiti della straordinarietà, accidentalità o imprevedibilità del fatto lesivo, i quali, non essendo richiamati nella previsione normativa, ne costituiscono meri aspetti occasionali, non caratterizzanti, ancorché frequenti o addirittura consueti¹. La giurisprudenza è stata dunque concorde nel ritenere che la causa violenta può riscontrarsi anche in relazione al mero sforzo messo in atto nel compiere un normale atto lavorativo, purché lo sforzo stesso, ancorché non eccezionale ed abnorme, si riveli diretto a vincere una resistenza peculiare del lavoro medesimo e del relativo ambiente, dovendosi avere riguardo alla caratteristiche dell'attività lavorativa svolta ed alla loro eventuale connessione con le conseguenze dannose dell'infortunio².

Maggiori problematiche hanno, invece, da sempre interessato il requisito dell'occasione di lavoro, nozione con la quale s'intende la necessità di un rapporto causa-effetto, di qualunque natura, tra l'evento lesivo e lo svolgimento dell'attività lavorativa. Diversamente detto l'occasione di lavoro è il criterio di collegamento con l'attività lavorativa che giustifica la tutela differenziata, garantita dalla legge stessa, rispetto ad altri eventi dannosi. Per quel che riguarda gli infortuni in itinere, ad esempio, l'occasione di lavoro si specifica in due elementi: la sussistenza di un nesso, almeno occasionale, tra itinerario seguito ed attività lavorativa; la sussistenza di un nesso eziologico tra il percorso seguito e l'evento.

2. Il rischio elettivo quale limite all'indennizzabilità dell'infortunio

Il rischio elettivo, la simulazione, il dolo e l'aggravamento volontario delle conseguenze sono fra le cause di esclusione dalla tutela infortunistica INAIL.

A differenza delle altre cause, concettualmente più semplici da individuare (anche se difficili da provare), quella legata al rischio elettivo è di complessa identificazione poiché è assimilabile all'imprudenza ed alla negligenza, in presenza delle quali l'evento infortunistico è del pari riconosciuto.

Per "rischio elettivo" s'intende un comportamen-

to, contrario al buon senso, adottato dal lavoratore in conseguenza del quale si è verificato un infortunio sul lavoro.

Nella sostanza, l'infortunio è causato da una azione volontaria, palesemente abnorme e svincolata da qualsiasi forza maggiore o necessitata attuata dal lavoratore. Poiché sia l'imprudenza sia la negligenza, al contrario, non sono elementi impeditivi al riconoscimento della tutela, sono stati attivati numerosi contenziosi collegati alla corretta definizione dell'evento che spesso trovano soluzione nelle pronunce della Corte di Cassazione. È attraverso l'esame delle singole fattispecie che la Corte ha tipizzato alcuni elementi che consentono di individuare un evento conseguente ad un rischio elettivo. Cerchiamo, dunque, di chiarire la distinzione tra rischio elettivo, da una parte, e negligenza ed imprudenza, dall'altra, con la precisazione – lo ribadiamo – che solo il primo esclude la tutela.

Dunque, in via generale la Corte di Cassazione ha escluso il rischio elettivo, pur riconoscendo l'imprudenza e/o la negligenza, quando l'evento si è verificato per necessità o causa di forza maggiore; inoltre, pur nella anormalità del comportamento, è necessario che non si sia interrotto il collegamento fra l'azione ed il fine lavorativo.

Mentre sono stati riconosciuti indicatori di elettività, quindi di esclusione dalla tutela infortunistica, comportamenti:

- abnormi rispetto il fine lavorativo o aziendale;
- non legati a necessità particolari certificate/certificabili o a cause di forza maggiore;
- posti in essere per mero esibizionismo;
- legati a scelte individuali voluttuarie (l'acquisto di sigarette).

Nella sostanza l'azione attuata, per essere un rischio elettivo, deve interrompere il collegamento con il fine lavorativo o aziendale poiché volontaria e abnorme rispetto alla normalità. Dalle sentenze di Cassazione emerge come, una volta definiti i principi guida, sia fondamentale un corretto accertamento dei fatti in modo da escludere tutti gli elementi di confusione fra elettività e imprudenza e/o negligenza³.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi all'ipotesi dell'incidente automobilistico provocato dal lavoratore che effettuava un sorpasso ad alta velocità con riga continua invadendo la corsia opposta. È stato riconosciuto il rischio elettivo perché il comportamento del lavoratore è stato ritenuto ingiustificabile anche rispetto alle esigenze lavorative. Al contrario è stato riconosciuto indennizzabile l'incidente accaduto al lavoratore che non ha rispettato un segnale di arresto. In questo caso la Corte ha rilevato il comportamento negligente, ma non eccezionalmente abnorme posto che il mancato arresto poteva essere causato da stanchezza conseguente al lavoro.

¹ Cass. civ., 14 maggio 1994, n. 4736; Cass. civ., 15 dicembre 1997, n. 12671.

² Cass. civ., 23 ottobre 1997, n. 10450; Cass. civ., 27 settembre 2013, n. 22257; Trib. Ivrea, sez. lav., 10 gennaio 2014).

³ *Infra multis*, Cass. civ., sez. lav., 14 ottobre 2014, n. 21647.

3. La decisione

Con riferimento al caso in esame, la Corte ha concluso nel senso che l'illiceità del comportamento del lavoratore non preclude in alcun modo la configurabilità dell'infortunio come evento indennizzabile dall'Inail.

La colpa dell'assicurato costituisce, infatti, una delle possibili componenti causali del verificarsi dell'evento.

Un coltivatore diretto, pur fruendo dell'indennità temporanea per un precedente infortunio, si era messo alla guida di un trattore che, ribaltandosi, gli aveva procurato gravi lesioni. L'Inail riteneva che mancasse l'occasione di lavoro e si configurasse una ipotesi di rischio elettivo, inteso come un atto volontario e arbitrario, illogico ed estraneo alle finalità lavorative.

La Cassazione, invece, ha ritenuto che con lo stesso ragionamento si potrebbe giungere a negare l'occasione di lavoro in ogni caso in cui il lavoratore, violando una qualsiasi regola precauzionale (compresa quella di astenersi dall'attività nel periodo di inabilità), si ponga in una situazione di pericolo.

Ne conseguirebbe così che tutte le volte in cui il comportamento volontario o imprudente dello stesso lavoratore si ponga come origine dell'infortunio, ovvero quando l'infortunio si sarebbe potuto evitare, verrebbe meno la condizione della occasione di lavoro. Con la grave (ed inaccettabile) conseguenza che ogni infortunio derivante da un rischio che il lavoratore avrebbe potuto e dovuto evitare, verrebbe escluso dalla tutela.

Gaetano Scutto

Avvocato – patrocinante in Cassazione

Sulla franchigia aggregata, efficacia del contratto di assicurazione e relativo onere probatorio.

Nota a Tribunale di Roma, Sezione XIII, 26 giugno 2017, n. 13032

abstract

For the Tribunale di Roma, the burden of proving the effectiveness of the insurance contract is the responsibility of the insured.

keywords

Insurance contract – Effectiveness – Probative burden.

abstract

Per il Tribunale di Roma, l'onere di provare l'efficacia del contratto di assicurazione spetta all'assicurato.

parole chiave

Contratto di assicurazione – Efficacia – Onere probatorio.

Contratto assicurativo – Franchigia aggregata – Efficacia del contratto – Onere della prova a carico dell'assicurato

Qualora una compagnia assicurativa chiamata in garanzia in un giudizio per risarcimento danni, eccepisca la presenza all'interno della polizza di una c.d. "franchigia aggregata", è onere dell'assicurato provare l'effettiva erosione della somma posta come franchigia e di conseguenza l'efficacia del contratto di assicurazione.

Trib. Roma, sez. XIII civ., 26 giugno 2017, n. 13032,
Giudice Dott. M. Moriconi

(Omissis)

Svolgimento del processo

La domanda di Gu. Ca. è risultata fondata nell'an quanto alle condotte del Nosocomio (non riferibili al Primario, prof. An.) e della dott.ssa An. Ro., per quanto di seguito indicato.

Riferiva, fra l'altro, l'attore che:

- l'13.12.2006 si era recato presso il P.S. dell'Ospedale San Camillo di Roma per l'insorgenza di forti dolori addominali; in tale occasione veniva rico-

verato presso la divisione chirurgica dell'Ospedale (13-12/19-12-2006) con diagnosi di accettazione sospetta ernia diaframmatica in paziente con dolori addominali;

- veniva operato, quello stesso giorno, dalla dott.ssa Ro. per appendicetomia senza ulteriori accertamenti (in particolare una TAC) oltre la radiografia già eseguita nonostante che la diagnosi di P.S. fosse orientata verso una possibile ernia diaframmatica;
- a seguito dell'errato intervento della dott.ssa Ro., era costretto ad un nuovo ricovero in data 20.2.2006, allorché la TAC eseguita confermava la presenza dell'ernia diaframmatica non compresa dal medico operante;
- a seguito del tardivo reintervento, al quale ne seguivano un gran numero in gran parte ad opera del prof. An., subiva la perdita quasi totale dell'intestino tenue cosicché la sua vita era completamente e definitivamente stravolta (era iscritto e frequentava la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma 3; era stato assunto con contratto a tempo indeterminato presso la 183 D & F Società Cooperativa con un compenso mensile di E. 1.200 circa; e conduceva una vita normale praticando sport, amici, intrattenendo normali rapporti con la fidanzata, etc.);
- in data 20.10.2010 veniva dichiarato invalido civile al 100% dalla Commissione Medica della Asl RMD di Roma.

Lamentava, fra l'altro, l'attore:

- la mancata dovuta esauriente informazione (consenso informato),
- l'inappropriatezza del metodologia la paroscopica in paziente che già operato, come dichiarato dal paziente, in precedenza per ernia diaframmatica; e come dimostrato dal fatto che nel corso dell'intervento la dott.ssa Ro. era costretta a procedere con metodo tradizionale (laparatomia);
- la mancata comprensione che l'accertato sposta-

mento della matassa intestinale non dipendeva da una rotazione dei visceri, bensì dalla presenza di un'ernia diaframmatica sinistra;

- la non comprensione da parte dei medici del San Camillo delle risultanze della RX del torace del 15 dicembre dalle quali si evidenziava la posizione alta dell'emidiaframma sinistro con disventilazione basale omolaterale sintomo di presenza di ernia diaframmatica,
- la precoce dimissione in data 19.12.2006 con diagnosi di appendicite acuta flemmonosa, quando l'esame istologico del 20.12.2006 indicava una diagnosi di appendicite cronica con iperplasia del tessuto linfoide;
- le conseguenze di tale precoce dimissione, a seguito di errata diagnosi e intervento, consistite in primo luogo nel perdurare dell'ernia diaframmatica che non operata, provocava lo strozzamento delle anse intestinali della parete intestinale con conseguente insorgenza di peritonite,
- benché lo psichiatra dell'Ospedale avesse avvertito circa l'indispensabilità di un supporto psicologico a seguito della grave invalidazione subita, nessun supporto di tal genere veniva prestato;
- la non adeguatezza delle prestazioni del Primario prof. An. in particolare per le continue rimozioni e riposizionamento, per mesi, della Bogotà-bag, nonché continue manipolazioni dell'intestino;
- la perdita, a causa di tali errori diagnostici e chirurgici, dell'intestino tenue con conseguente sindrome dell'intestino corto, con frequenti scariche diarroiche, grave sindrome da malassorbimento e necessità di nutrizione parenterale; con grave interferenza sulle attività della vita, pericolo di danni e infezioni agli organi (infezioni subite - e documentate- a seguito dell'accesso di portcath);
- la totale compromissione, in una persona di 25 anni alla data dei fatti, delle capacità lavorativa e relazionale, e l'insorgenza di gravi problemi psicologici; l'impossibilità di vivere una vita normale dovendo passare molte ore al giorno per nutrirsi per via parenterale; dovendo subire 8-9 scariche diarroiche al giorno e di conseguenza non potendo lavorare, senza possibilità di miglioramento.

Alle richieste di risarcimento dei danni patrimoniali e non subiti, replicavano i convenuti respingendo ogni addebito.

Disposta una (prima) consulenza tecnica il cui contenuto pur nell'apprezzabile sforzo dell'ausiliario del Giudice di venire a capo di un'indagine molto complessa, mostrava evidenze di non sufficiente approfondimento (il CTU non è un medico legale pur essendo un apprezzato specialista), ed all'esito della (non accettata) proposta *ex art. 185-bis c.p.c.* di cui all'ordinanza del 3.7.2014, che prevedeva il pagamento a carico dell'Ospedale (e manleva da parte delle as-

sicurazioni) della somma di E. 1.200.000 a favore del Ca., il Giudice ne disponeva la rinnovazione.

In particolare con ordinanza del 3.7.2014 il Giudice così motivava:

Il giudice, che all'attuale esercita con piena consapevolezza e convinzione, il ruolo di *peritus peritorum*, riserva all'eventuale mancato accordo, l'integrale rinnovazione della consulenza tecnica medico legale, carente ed omissiva nella chiara e netta presa di posizione di quelli che sono, almeno fino al primo atto chirurgico, palesi e documentati errori di diagnosi e d'intervento; e poco attendibile (come del resto per altro verso, anche la consulenza di parte attrice) in tema di maggior danno (visto che è solo di questo che si deve parlare).

Va sottolineato che il prof. Gi. Le., C.T.U. incaricato, ha escluso ogni ipotesi di responsabilità dei convenuti (medici e struttura ospedaliera) dopo aver enucleato, sia pure con inusuale profusione di condizionali e sfumata dialettica, svariati momenti e fattori perplessi dei percorsi diagnostici, d'indagine e chirurgici.

Il primo intervento, che è quello che suscita all'evidenza maggiori interrogativi, non avrebbe del resto avuto alcuna conseguenza in termini di ritardo (così il C.T.U.), è affermazione poco meditata e alla luce dei documenti scientifici prodotti poco credibile.

Che occorra forse allora plaudire alla eccezionale preparazione, competenza ed intuito (?) del dott. Ca. Fe. Di Gi. il quale, da semplice medico accettante, stilava la diagnosi (poi obliterata e non approfondita neanche nel corso dell'intervento chirurgico che seguiva, peraltro del tutto fuori tiro) di sospetta ernia diaframmatica in paziente con dolori addominali, evidentemente valorizzando i pregressi riferiti dati anamnestici del paziente; ovvero e per contro, che altrove e da parte di altri vi siano stati deficit di doverose condotte lo si accerterà in prosieguo. Come pure se tali deficit siano stati davvero innocui, visto lo spazio di tempo di una settimana che nel contesto di cui si è letto in atti non è poco.

La consulenza d'ufficio del prof. Pa. D. Lu. e dello specialista nominato.

È utile trascrivere le sequenze che conducevano al primo ed al secondo intervento chirurgico sulla persona del Ca.:

Il 13.12.06, alle ore 2 circa, il periziando Gu. Ca., che all'epoca aveva 25 anni, veniva colto da violenti dolori addominali con vomito.

Per il perdurare di tale sintomatologia, il Ca. alle ore 6,19 del 13.12.06 si presentava presso il Pronto Soccorso dell'Ospedale "S. Camillo", ove veniva tenuto in osservazione fino alle ore 13,22; nel corso di quelle ore venivano eseguiti triage, esame obiettivo preliminare (...addome dolente alla palpazione in sede epigastrica... Firmato Dott. Tu.), esami di laboratorio, esame ecografico (...diffusa distensione delle anse intestinali,

prevalentemente del piccolo intestino, che presentano contenuto endoluminale fluido...Firma illeggibile), consulenza chirurgica (Dott. Pa.: "presenza di cicatrice chirurgica ben consolidata da pregresso intervento di correzione di ernia diaframmatica in età neonatale. L'addome è dolorabile con moderata reazione di difesa nei quadranti superiori. Si consiglia TAC addome. Da rivedere"), esame TAC ("distensione intestinale di tipo fluido prevalentemente ileale...qualche livello...piccola quota di versamento in pelvi. Immagini riferibili in prima ipotesi a *relaxatio* diaframmatica sinistra con sollevamento degli organi situati in ipocondrio fianco sinistro; non si può escludere con certezza un'ernia diaframmatica. Potrebbe essere opportuna integrazione con risonanza magnetica per valutazione del profilo diaframmatico....milza e surreni nei limiti, ma dislocata la milza e il surrene sinistro. Firma illeggibile").

Una seconda consulenza chirurgica eseguita in sede di Pronto Soccorso, disponeva il ricovero del paziente in chirurgia d'urgenza, con il seguente referto:

"Vista la risposta della TAC con sospetta ernia diaframmatica, sofferenza di anse ileali e versamento nel Douglas".

Alle ore 13,22 il paziente veniva dimesso dal Pronto Soccorso con la seguente diagnosi:

"Sospetta ernia diaframmatica in paziente con dolori addominali.

Firma Dott. Di Gi."

Come già accennato, il paziente veniva ricoverato in reparto di chirurgia d'urgenza, ove alle ore 14,50 veniva riportato in diaria: "sindrome dolorosa addominale, sospetta ernia diaframmatica" senza firma.

Alle 15,57 veniva eseguito un esame rx del torace in unica proiezione su paziente a letto ("Tenue velatura dell'emitorace di destra. Modesto ispessimento dell'interstizio peribroncovascolare bilateralmente. Obliterazione del seno costofrenico di sinistra.

Immagine cardiomediastinica nei limiti. Firmato Dott. Ca. Re.").

Alle ore 20 in diaria risulta: "Dolore emiaddome destro con Blumberg +, non vomito, alcuni conati in mattinata. Immagine TAC di *relaxatio* diaframmatica sinistra. Manca firma".

Alle ore 21 il paziente veniva trasferito in sala operatoria.

Previa sottoscrizione del consenso all'intervento, alle ore 21,20 veniva iniziata l'anestesia. Questo il referto operatorio.

"Diagnosi pre-operatoria: addome acuto.

21,20 inizio anestesia. Primo operatore: Ro.. Secondo operatore: St..

Descrizione dell'intervento: "Laparoscopia esplorativa con tecnica open, s'inserisce il trocar di Hasson e si evidenzia un quadro di congelamento intestinale da esiti di peritonite. In fossa iliaca destra non risulta reperibile il cieco. Laparotomia mediana sulla precedente cicatrice. In sede epigastrica, indovata nella parete,

si riscontra l'appendice cecale che risulta flemmonosa. Risulta indaginata la *viscerolis* per esiti di peritonite. Il cieco è medializzato e la matassa intestinale è prevalentemente a disposta a destra ricostituendo i piani nella doccia parietale destra con il peritoneo. Si mobilizza l'intera matassa ileale identificando un quadro di *mesenterium* commune.

Riperitoneizzazione in due aree di disepitelizzazione ileale.

Si segnala milza medializzata e adesa alla parete addominale. Drenaggio in doccia parietale destra e nel Douglas. Sutura a strati.

Tipo intervento/diagnosi definitiva: appendicite acuta flemmonosa in sede epigastrica adesa alla cicatrice laparotomica; cieco medializzato in mesenterium commune. Adesiolisi".

Alle ore 1,50 del 14.12.06 il paziente veniva estubato. Alle ore 2,20 trasferito in reparto, ove rimaneva degente nei giorni 14, 15, 16, 17, 18 dicembre.

In data 19.12.06 il paziente veniva dimesso.

Nella scheda di dimissione si legge quanto segue:

"Diagnosi: emiaddome acuto destro. Parziale malrotazione intestinale.

Aderenze peritoneo-viscerali. *Relaxatio* diaframmatica".

Nella lettera indirizzata al medico di famiglia, alla dimissione ospedaliera, veniva riportato quanto segue:

"Viene dimesso in data odierna il suo paziente Signor Ca. Gu. ricoverato d'urgenza il 13.12.06 nel nostro reparto per addome acuto. In particolare, all'ingresso il paziente presentava un quadro d'impegno peritonitico prevalentemente a carico dell'emiaddome destro... all'atto operatorio si riscontrava un'appendicite acuta flemmonosa con dislocazione della stessa in sede epigastrica ed indovata nel contesto della precedente laparotomia, con quadro di malrotazione intestinale...veniva quindi eseguita l'appendicectomia e quindi la derotazione intestinale...".

L'esame istologico datato 20.12.06 era così descritto: "Appendice della lunghezza di cm. 5. Diagnosi: appendicite cronica con iperplasia del tessuto linfoide associato alla mucosa".

Lo stesso giorno in cui veniva dimesso dall'Ospedale "S. Camillo" (19.12.06) il paziente accusava dopo cena un violentissimo dolore addominale, progressivamente ingravescente, per il quale la notte successiva (ore 2,09 del 20.12.06) il paziente veniva nuovamente ricoverato presso l'Ospedale "S. Camillo".

Alle ore 3,48 il paziente veniva nuovamente trasferito presso il reparto di chirurgia d'urgenza, con la seguente diagnosi: "Sindrome dolorosa addominale postoperatoria".

Alle ore 13,08 dello stesso giorno 20.12.06, veniva effettuata TAC addome, con il seguente esito: "....sottile falda di versamento pleurico alla base di sinistra. Sono evidenti numerose anse ileali distese da liquido, con ispessimento delle pareti. Si conferma la presenza

di anse intestinali dislocate in sede toracica posteriore sinistra ove è presente un sensibile rilassamento del profilo della cupola diaframmatica. Colon discendente di calibro ridotto a livello distale. Falda di versamento endopelvico....”.

Alle ore 15,30 veniva iniziato un nuovo intervento chirurgico (primo operatore Antonellis), conclusosi alle ore 23,20.

Alle ore 0,15 del 21.12.06 il paziente usciva dalla sala operatoria.

Questo il referto operatorio: “Diagnosi e tipo intervento: viscerolisi-plastica diaframmatica per via toracica”. Descrizione intervento: “Laparotomia mediana.

Liberazione delle anse che appaiono ispessite e con mesi tesi ed edematosi.

Parte del colon e del digiuno sono dislocati in torace attraverso uno iatus erniario postero - laterale sinistro per cui si procede per via toracica. Chiusura della parete per Bogotà-bag. Tempo toracico: toracotomia al VI spazio intercostale di sinistra. Si conferma la presenza di una voluminosa ernia diaframmatica contenuta nel sacco peritoneale. Apertura del sacco e riduzione dei visceri in addome. Si evidenzia così lo iato erniario postero-laterale in cui i margini diaframmatici sono assenti, misura circa 10 cm. x 10 cm. e non è possibile chiudere con punti. Si posiziona una protesì in Goretex modellata ed ancorata sui margini diaframmatici e sulla parete costale postero-laterale con punti. Emostasi accurata. Due drenaggi pleurici. Sutura per piani della toracotomia”.

Giova altresì trascrivere alcuni dei passi salienti della parte motivazionale della relazione del C.T.U.:

Il Ca. riferisce di dover osservare una dieta particolare, assunta per via parenterale (*port-cath*) e per os, con transito intestinale accelerato, che induce un continuo stato diarroico con numerosissime scariche giornaliere variabili da un minimo di 5-6 scariche ad un massimo di 12 scariche al dì.

Riferisce altresì frequenti stati febbrili, trattati con antibiotici.

Tale situazione impedisce una normale vita lavorativa e sociale in rapporto alle esigenze quotidiane riferite ad un soggetto attualmente trentaquattrenne.

È stata messa in evidenza una sintomatologia ascrivibile a sindrome depressivo-ansiosa, polarizzata principalmente sui propri problemi di salute.

La vicenda che ci interessa e le relative considerazioni medico - legali in ordine all'assistenza prestata al Signor Ca. presso l'Ospedale “S. Camillo”, possono essere suddivise in diverse principali sezioni, più precisamente, in riferimento al periodo trascorso presso il Pronto Soccorso, alla iniziale degenza presso il reparto di chirurgia d'urgenza il pomeriggio - sera del 13.12.06, all'intervento chirurgico effettuato dalla Dottoressa Ro. nella tarda serata del 13.12.06, alla successiva degenza post-operatoria presso il reparto,

fino alla dimissione del 19.12.06 (durante la quale vi fu una visita di controllo del Dott. Ca.) e, infine, al successivo lungo ricovero dal 20.12.06 fino al 25.5.07, durante il quale il paziente fu sottoposto ad una lunga serie di interventi ambulatoriali e in sala operatoria, in gran parte eseguiti dal chirurgo Dott. An., in associazione con altri sanitari.

Sarà utile premettere che la patologia del Signor Ca. era sin dal primo momento rara, non facilmente diagnosticabile con gli iniziali accertamenti semeiologici e di non facile risoluzione chirurgica, con verosimile incertezza *quoad vitam* e *quoad valetudinem*.

Il paziente era affetto da anomalia congenita del tubo digerente caratterizzata dal fatto che l'angolo ileo-cecale (dove si trova l'appendice) era localizzato a sinistra invece che a destra, per un difetto di rotazione e con un mesenterio unico (*mesenterium commune*).

Tale malformazione può causare difficoltà diagnostiche se ignorata e disorientamento del chirurgo specie se opera con tecnica laparoscopica.

Inoltre, complicità di un'ernia diaframmatica, specie se recidiva, è l'intasamento ovvero l'ostruzione parziale del visceri erniati. In tal caso compaiono i segni di sub-occlusione intestinale (meteorismo, dolori toraco-addominali, chiusura dell'alvo, vomito).

Pronto Soccorso, ove il paziente fu trattenuto in osservazione dalle ore 2,10 alle ore 13,22 del 13.12.06.

L'accettazione, l'anamnesi, l'assistenza, l'esame obiettivo, gli accertamenti laboratorio, gli esami ecografici, radiografici e TAC dell'addome sono stati eseguiti secondo i migliori dettami della scienza medica, in rapporto alla patologia in atto ed alle varie incombenze cui deve far fronte un Pronto Soccorso ospedaliero.

A conferma di ciò, la diagnosi di trasferimento e ricovero in reparto chirurgico dopo undici ore, con una corretta diagnosi che faceva riferimento tra l'altro ad una “sospetta ernia diaframmatica”, sospetto poi confermato dal successivo *iter*.

Quel sospetto era motivato da un duplice fattore: il dato anamnestico riferito ad un remoto intervento subito dal paziente in età neonatale, per la correzione di un'ernia diaframmatica nonché il risultato della TAC, che metteva in evidenza un dubbio tra *relaxatio* ed ernia diaframmatica.

In definitiva, medico, chirurgo e radiologo del Pronto Soccorso hanno svolto le loro prestazioni in maniera del tutto corretta e nel loro operato non è ravvisabile alcun profilo di censura.

Degenza pre e post-operatoria presso il reparto di chirurgia dalle ore 14,50 del 13.12.06 al mattino del 19.12.06, data di dimissione

Il pomeriggio del ricovero alle ore 15,57 il paziente fu sottoposto ad un esame rx a letto, eseguito nella sola proiezione antero - posteriore che mostrava una oblitterazione del seno costo frenico di sinistra, ma non poteva evidenziare l'opacità dovuta all'ernia diafram-

matica postero-laterale sinistra, poiché tale immagine era coperta dall'ombra cardiaca. Una più completa diagnosi radiologica sarebbe stata possibile soltanto con la proiezione laterale, che abitualmente non viene eseguita a letto del paziente.

Pertanto l'operato del radiologo (Dott. Ca. Re.) è esente da critiche.

Nella stessa serata del 13.12.06 il paziente veniva trasferito in sala operatoria e sottoposto ad intervento chirurgico da parte della Dott.ssa Ro., medico di turno entrante alle ore 20.

Intervento chirurgico della dott.ssa Ro.

La Dott.ssa Ro., chirurgo ospedaliero di turno dalle ore 20,00, effettuava l'intervento chirurgico nella stessa serata, previa sottoscrizione del consenso da parte del paziente.

L'intervento aveva inizio alle ore 21,20 del 13.12.06 e si concludeva alle ore 1,50 del 14.12.06.

Rispetto all'intervento e al relativo referto operatorio, si possono avanzare le seguenti osservazioni critiche:

1) Nel referto non viene descritta l'appendicectomia.

2) Il chirurgo Dott. Ro. non prendeva in considerazione due dati obiettivi, noti, già emersi nel corso di tutta la giornata del 13.12.06;

- l'importante dato anamnestico (pregresso intervento per ernia diaframmatica sinistra in età infantile);
- non teneva inoltre conto della diagnosi già posta in sede di Pronto Soccorso dal radiologo e dal chirurgo, in base ai risultati dell'ecografia addominale (che descriveva notevole meteorismo, aria in anse distese) e della TAC che descriveva organi comunque dislocati in torace da ernia diaframmatica o *relaxatio* diaframmatica, dubbio da poter dirimere con l'esecuzione di una risonanza magnetica.

Gli elementi di cui sopra, messi nella giusta evidenza in sede di accertamenti in Pronto Soccorso, furono evidentemente trascurati e/o sottostimati dal chirurgo.

3) Non fu corretta la diagnosi operatoria di appendicite flemmonosa, diagnosi peraltro totalmente smentita dall'assenza di febbre, dall'assenza di elevato aumento dei globuli bianchi propri di un'appendicite flemmonosa e dal successivo esame istologico.

4) Inoltre, la Dott.ssa Roveran descrive nel referto operatorio una "mobilizzazione dell'intera matassa ileale", manovra evidentemente non effettuata dal chirurgo, in quanto la manovra sarebbe stata dirimente per la corretta diagnosi di ernia diaframmatica; in effetti, la dislocazione di alcune anse digiunali in torace non poteva permettere la loro liberazione in toto, come, invece, descritta nel referto operatorio.

In definitiva, l'operato del chirurgo conduceva ad una errata diagnosi (appendicite flemmonosa) trascurando la reale diagnosi di ernia diaframmatica,

risultando l'appendicectomia eseguita, quale evento conseguente alla adesione dell'appendice alla parete addominale.

Ci preme sottolineare che le critiche nei confronti della Dott.ssa Ro. non sono frutto del "senno di poi" con il quale è facile criticare l'operato di un sanitario alla luce degli eventi successivi, che spesso sono chiarificatori di un quadro inizialmente dubbio.

I due elementi citati (dato anamnestico e diagnosi di possibile ernia diaframmatica) erano già stati posti in evidenza in sede di Pronto Soccorso la notte del ricovero e presso il reparto di chirurgia il pomeriggio precedente l'intervento e, evidentemente, non furono presi nella giusta considerazione dal chirurgo.

Trattasi di fattori "ex ante" che potevano essere di notevole aiuto per il chirurgo.

Ci preme però sottolineare alcuni elementi a parziale giustificazione del comportamento professionale della Dott.ssa Ro..

1. L'obiettivo, indiscutibile difficoltà del caso.

2. La presenza del *mesenterium* comune (dislocazione delle anse intestinali in una posizione opposta rispetto alla norma).

Non ci è dato conoscere l'esperienza chirurgica della Dott.ssa Ro., la quale – a fronte delle difficoltà incontrate fin dall'inizio dell'intervento in laparoscopia – avrebbe potuto e dovuto richiedere una consulenza da parte del primario responsabile del reparto prima di procedere in via laparotomica.

Pertanto, riteniamo di poter escludere in capo alla Dott.ssa Ro. qualsiasi ipotesi di negligenza, dovendosi però ammettere una quota di imprudenza ed imperizia.

A conferma di quanto sopra, sarà citato più oltre l'operato dell'altro chirurgo Dott. An., il quale nei successivi numerosi reinterventi – dopo essersi reso conto delle difficoltà del caso – ha richiesto la collaborazione di un chirurgo toracico e di un altro esperto chirurgo primario ospedaliero fuori ruolo.

Successivo ricovero dal 20.12.06 fino al 25.5.07 e operato del chirurgo Dott. An.

Si ribadisce che sono già stati riportati in precedenza i vari interventi eseguiti dal Dott. An. nel corso del lunghissimo ricovero dal 20.12.06 al 25.5.07.

Il chirurgo An. ha dovuto far fronte ad una situazione estremamente complessa, risultato di una patologia iniziale di per sé grave e di un non corretto precedente intervento chirurgico.

Il Dott. An. ha eseguito vari interventi e varie medicazioni; in particolare in data 27.12.06 eseguiva un'anastomosi digiuno-digiunale con GIA.

In seguito, poi, lo stesso chirurgo Dott. An., in accordo con il paziente, i genitori e la direzione ospedaliera, accettava la collaborazione del precedente esperto primario chirurgo del reparto Prof. Ma., con il quale eseguiva un'ampia resezione digiunale con anastomosi digiuno-cecale.

Si può senz'altro affermare che l'operato del Dott. An. in una situazione di estrema difficoltà è esente da critiche obiettive, in quanto ha deciso per una opzione terapeutica non criticabile al fine di salvare la vita del paziente.

In particolare, durante le operazioni peritali il consulente di parte attrice ha sollevato obiezioni circa la tecnica eseguita dal Dott. An. e, in particolare, sull'applicazione del Bogotà - bag.

Per opportuna conoscenza del Signor Ma., si specifica che la metodica Bogotà - bag consiste nell'applicazione di pezze laparotomiche sterili a strati (sandwich), che vengono fissate con punti sottocutanei ai bordi della laparotomia senza richiudere la parete in toto, allo scopo di ridurre il rischio di ipertensione addominale e per eliminare una peritonite persistente, in quanto drenante le secrezioni endo-peritoneali.

Poiché tale sandwich poggia direttamente sulle anse intestinali, si può determinare decubito delle stesse, per cui va rimosso e sostituito ogni 36-48 ore.

- 2 - L'accertamento delle responsabilità dell'Ospedale e dei medici

Le ragioni dell'accoglimento delle domande dell'attore in punto di responsabilità colposa (al 100%) dell'Ospedale convenuto ed (al 50%) della dott.ssa Ro. sono di seguito esposte.

Nesso causale. Nell'ambito dell'Ordinamento Giuridico italiano vale la regola nella condicio sine qua non. In particolare, nel sotto-sistema penale, è necessario al fine della condanna, l'accertamento del nesso di causalità fra l'evento dannoso e la condotta del colpevole oltre ogni ragionevole dubbio, locuzione e accertamento assai più rigorosi rispetto a quanto vale nel sotto-sistema civile, che si attesta sul principio del più probabile che non¹

Da quanto è emerso dal complesso degli atti acquisiti e compiuti, è certo e comunque più probabile che non che le condotte (commissive e non meno gravemente, omissive) dell'Ospedale e della dott.ssa Ro. abbiano causato attraverso il ritardo diagnostico della vera patologia che affliggeva il Ca. ed il conseguente ulteriore danneggiamento degli organi (che dovevano quindi subire ripetute necessarie manomissioni e resezioni), il peggioramento delle conseguenze (con aggravamento delle condizioni dell'attore) rispetto a quelle che sarebbero state, a causa di un evento (ernia diaframmatica) non imputabile *ex sé* al fattore umano, in presenza di condotte perite e accorte, e specialmente tempestive.

E pertanto va dichiarato che le condotte dell'Ospedale e della dott.ssa Ro. sono state causa/concausa² dei danni differenziali derivati all'attore.

Invero, in materia di rapporto di causalità (civile), in base ai principi di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., qualora la condotta abbia concorso, insieme a circostanze naturali, alla produzione dell'evento, e ne costituisca un antecedente causale, l'agente deve rispon-

dere per l'intero danno, che altrimenti non si sarebbe verificato; non sussiste, invece, nessuna responsabilità dell'agente per quei danni che non dipendano dalla sua condotta, che non ne costituisce un antecedente causale, e si sarebbero verificati ugualmente anche senza di essa, né per quelli preesistenti. Anche in queste ultime ipotesi, peraltro, debbono essere addebitati all'agente i maggiori danni, o gli aggravamenti, che siano sopravvenuti per effetto della sua condotta, anche a livello di concausa, e non di causa esclusiva, e non si sarebbero verificati senza di essa, con conseguente responsabilità dell'agente stesso per l'intero danno differenziale (*ex multis* Corte di Cassazione, sezione III, n. 9528 del 12 giugno 2012).

Ne consegue quindi, che in presenza di concause, e sotto la diversa lente della valutazione soggettiva delle colpe, resta ferma la distinta allocazione delle stesse e dei rispettivi obblighi risarcitori

Quanto all'elemento soggettivo, trattandosi di colpa, l'accertamento positivo della sua sussistenza deriva anche dall'avvenuta da tempo svalutazione della portata dell'art. 2236 cc attraverso la tranciante affermazione di Cass. 13/4/2007, n. 8826, che interpreta il principio dell'art. 2236, quale norma implicante "soltanto una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto". Inoltre sotto il profilo probatorio è applicabile il principio della vicinanza della prova⁴. Che nella situazione che ci occupa è determinante per l'affermazione della responsabilità colposa dell'Ospedale e della dott.ssa Ro.; che avevano l'onere, in presenza di chiare allegazioni di colpa, di dimostrare le ragioni che escludessero la sussistenza di condotte inadempienti.

Va considerato che anche nella prudenziale, timorosa e in più parti contraddittoria consulenza del primo (non medico legale, non nominato dallo scrivente) C.T.U. (che pure contiene elementi apprezzabili) non si poteva fare a meno di evidenziare che la dott.ssa Roveran dopo aver eseguito l'adesiolisi e l'appendicectomia concludeva l'intervento senza null'altro eseguire, segnatamente senza ricercare più precisi chiarimenti sulla contestuale patologia diaframmatica segnalata dall'*imaging* (*relaxatio*, prima ipotesi, vs ernia diaframmatica da non potersi escludere con certezza).

Va considerato che addirittura, altri avevano segnalato – seppure taluno, l'interprete della prima TAC erroneamente misconoscendo la pur già riconoscibile ivi ernia diaframmatica la possibilità di ernia diaframmatica, quando non avevano la possibilità diretta e concreta di ben approfondire ed esplorare *in corpore*, come invece ben poteva il chirurgo precedente dott.ssa Ro., che però superficialmente non lo faceva. Né convince l'osservazione del prof. Gi. Le. (primo C.T.U.) secondo cui il diagnostico intra-operatorio di appendicite flemmonosa ben si potesse conciliare con l'espressione clinico-laboratoristica che aveva condotto all'intervento di urgenza. Invero i precedenti dell'intervento ave-

vano al contrario ben messo in guardia sulla possibilità della reale pericolosa patologia (suggerendo un approfondimento, mancato) non indagata dal chirurgo Ro.

La dott.ssa Ro., viste le premesse e la reiterata avvertita possibilità di un ernia diaframmatica, aveva il dovere, omesso, di controllare tutto il digiuno, e se lo avesse fatto si sarebbe accorta dell'ernia diaframmatica e non avrebbe fatto un intervento sbagliato e fuorviante.

Pur tuttavia, considerato il concorso di precedenti fattori colposi attribuibili ad altri operatori sanitari dell'Ospedale, in presenza peraltro di una appendice sofferente che la induceva a concentrare la sua attenzione su quell'organo e settore (distogliendola da altri pensieri), è ragionevole ed equo allargare nella minor misura del 50% la colpa – che NON va qualificata grave, per tutte le possibili implicazioni di legge della dott.ssa Ro.

Per contro il prof. An. – nonostante partisse svantaggiato per la errata diagnosi rilasciata dalla dott.ssa Ro. – non appena effettuata laparotomia si accorgeva immediatamente della sussistenza dell'ernia diaframmatica.

La legge 24/2017 all'art. 7 terzo comma ha stabilito che l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. La norma prevede chiaramente che tutti i medici con la sola esclusione del caso in cui sia stato realizzato un contratto, quindi un accordo diretto, in qualsiasi forma, con il paziente, avente ad oggetto la prestazione medica, rispondono di eventuali inadempimenti a titolo di responsabilità aquiliana. Si tratta di una vistosa innovazione rispetto alla tradizionale consolidata giurisprudenza che al contrario ravvisava tout court la natura contrattuale del rapporto medico-paziente (dipendente della struttura, convenzionato, scelto dal paziente fra quelli messi a disposizione della struttura, *et similia*), fondato sulla figura del contatto sociale.

La norma, di natura sostanziale e che non può ritenersi di interpretazione autentica, opera solo per le condotte mediche poste in essere a far tempo dall'entrata in vigore della legge (1.4.2017) e non si applica quindi alla fattispecie in esame.

Le osservazioni dei consulenti di parte (sia dei convenuti e delle assicurazioni e sia dell'attore) contengono molte affermazioni inesatte, e non sono in grado di elidere la colpa ravvisabile nella condotta dell'Ospedale e del chirurgo dott.ssa Ro., attese le insuperabili acquisizioni effettuate ed in particolare quelle che si traggono dalla relazione degli ausiliari del giudice nella seconda relazione peritale.

L'errore della dott.ssa Ro. si iscrive in un contesto nel quale le indagini ed i trattamenti, non solo chirurgici, forniti dall'Ospedale sono stati deficitari.

La responsabilità dell'Ospedale è innanzitutto ad esso imputabile per via del rapporto che si instaura fra il nosocomio ed il paziente fondato sul c.d. contratto di ospedalità.

Figura elaborata, in modo consolidato, dalla giurisprudenza, che, a seguito della recente 1.8.3.2017 n. 24 ha ricevuto una nuova e legale configurazione che rende definitivamente acquisito a trecentosessanta gradi il principio della responsabilità diretta della struttura sanitaria (pubblica o privata); nel senso che laddove nell'adempimento della propria obbligazione si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla stessa (che peraltro non è il caso che ci occupa, n.d.r), risponde ai sensi degli artt. 1218 e 1228 cc delle loro condotte dolose o colpose.

Tale responsabilità (dell'Ospedale) non deriva quindi solo dalla condotta della dott.ssa Ro.: risulta infatti che in sede del P.S., dopo l'esecuzione della TAC, si formulava l'invito, caduto nel nulla, a procedere ad ulteriori e più specifici accertamenti diagnostici;

- inoltre sul Ca. veniva eseguita prima dell'intervento della dott.ssa Ro. una RX a letto, sicuramente insufficiente, come sottolineava il CTU, posto che l'ernia diaframmatica non poteva essere in tale posizione evidenziata, occorrendo a tal fine una RX in proiezione laterale e in ortostatismo; ed ancora, secondo il CTU Lemmo una corretta lettura della TAC del 13.12.2006 avrebbe consentito senz'altro di diagnosticare la presenza di un'ernia diaframmatica che si produceva attraverso un ampio difetto visibile sul profilo diaframmatico.

Non risultano infine fondate le censure relative al consenso informato, che risulta regolarmente (seppure succintamente, cfr. CTU Lemmo in data 13.12.2006), somministrato, come da documenti sottoscritti dal Ca. e quelle relative al deficit di vigilanza del primario Do. An.

Va invece affermata, come già evidenziato, la totale assenza di responsabilità quanto al prof. Do. An.

Il Giudice condivide pienamente quanto esposto lucidamente dal difensore avv. Andrea Maresca che poneva in evidenza che l'operato del singolo operatore sanitario in concreto è stato censurato esclusivamente circa le scelte di esecuzione individuali conseguenti al mancato riconoscimento soggettivo sia dei dati anamnestici (remota ernia diaframmatica) e sia delle indicazioni degli accertamenti pre-operatori (sospetta ernia diaframmatica), dal cui errore individuale di esecuzione circa l'errata lettura di dati oggettivi ne è scaturita, sempre stando alla seconda CTU, la redazione in capo al singolo operatore di un referto operatorio incompleto e fuorviante, con conseguente indirizzo diagnostico errato di appendicite flemmonosa, cui conseguiva inevitabile riassetto chirurgico con conseguente diretto approccio dell'odierno comparente; da qui il potere di vigilanza e controllo nell'immediatezza

za, mediante l'esecuzione del Dr. An. di tutti i successivi interventi, non appena il timing operatorio delle condizioni fisiche del paziente lo rendevano possibile, ergo appena una settimana dopo (naturalmente con il paziente Cartoni sempre ricoverato in reparto e quindi sotto costante controllo e vigilanza).

È invero assente e giustamente nel nostro ordinamento una regola di responsabilità oggettiva del Primario per gli errori dei singoli chirurghi Viceversa possono essere addebitate al Primario specifiche carenze, omissioni inadeguatezze (che nella specie non sono state neppure allegate dall'attore, né tanto meno accertate dai consulenti del Giudice) in relazione agli obblighi organizzativi e di vigilanza che la legge, invero in modo molto (e poco realistico) generale pone a suo carico.

La parentesi non è casuale: un'eventuale carenza del Primario, non per un suo personale intervento medico-sanitario, ma rispetto a tali obblighi globali derivanti dal suo ruolo, deve essere non solo apprezzata in un dimensione di significativa (non meramente formale) rilevanza, ma storicizzata ed applicata alla realtà di un grande ospedale, e specialmente di un grande Ospedale italiano, dove in virtù della assistenza pubblica universale dispensata, è impensabile, irrealistico e finanche ingiusto pretendere dal personale medico (Primario compreso) la perfezione assoluta, sempre e comunque.

Si vuol dire che non è possibile, specialmente nell'attuale situazione data, una costante, capillare e puntuale vigilanza, supervisione e revisione da parte del Primario di tutti gli atti compiuti dal personale medico della sua Divisione.

Neppure è imputabile al prof. An. la sostanziale inerzia del personale medico del reparto nel post intervento (Ro.) posto che, anche a prescindere da quanto testé osservato, non si ravvisano lacune od omissioni in tale fase, nella quale, verosimilmente per il temporaneo miglioramento delle condizioni del Ca. (cfr. la appagante spiegazione del CTU Lemmo che le attribuisce alle manovre di adesiolisi e al tempo necessario alla ripresa dell'alimentazione per os e della peristalsi), a cagione della (sia pure errata) diagnosi della dott.ssa Ro., risultava ben mascherata la vera patologia di Gu. Ca. consistente nel fenomeno sub occlusivo da ernia diaframmatica.

- 3 - I danni. Natura, specie, ripartizione e quantificazione

Accertata la sussistenza di condotte censurabili riconducibili ai convenuti Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e dott.ssa An. Ro., vanno accertati e valutati i danni.

La richiesta dell'attore riguarda sia quelli non patrimoniali (nelle vari componenti esposte, biologico, morale e esistenziale) e sia quelli patrimoniali.

Vanno a tal fine enunciati alcuni criteri guida.

A) Nell'ambito del danno NON patrimoniale è

da escludere che sotto nomenclature diverse possano essere risarciti identici pregiudizi. Nel caso di specie, a seguito del danno evento (descritto accuratamente, nei suoi molteplici aspetti, dai consulenti del giudice), si sono verificati senza alcun dubbio, nell'ambito del danno non patrimoniale, importanti lesioni della integrità fisica (danno biologico in senso stretto) dell'attore, nonché un consistente danno morale (concretizzato nella prolungata sofferenza e nei patimenti – aggiuntivi al fatto naturale – derivanti dalle condotte costituenti reato di lesione colposa) ed infine un danno esistenziale (consistente nello stravolgimento – oltre quello che sarebbe stato naturale della vita del Ca.)

B) Il Ca. veniva attinto da una grave patologia che è la causa primigenia dei suoi problemi e di quelli che sono intervenuti a seguito dei contatti in ambito ospedaliero E le sue gravi condizioni attuali, laddove non vi fossero state condotte colpose medico-sanitarie, cristallizzerebbero solo in senso naturalistico il danno, nelle sue molteplici manifestazioni

Per contro, in presenza di tali responsabilità (accertate *ut supra*), è necessario depurare dai danni (sia evento che, ovviamente, conseguenza) di cui è portatore il Ca. quello attribuibile all'attività medico-sanitaria.

Entra qui in gioco il tema della difficoltà di individuazione di un criterio il più possibile ragionevole e valido per la quantificazione del danno incrementativo differenziale.

Che va in primo luogo accertato nell'*an*, specialmente quando come in questo caso, tutti gli aspetti colposi, sia quelli omissivi e sia quelli commissivi (che sussistono come visto, entrambi), hanno determinato il grave deficit sussumibile nella voce Ri.

Invero occorre valutare, per priorità logica, se il ritardo nell'effettuazione della giusta diagnosi e del giusto intervento, intercorso fra la data del 13.12.2006 e quella del lunghissimo intervento iniziato nel pomeriggio del 20.12.2016 (prof. An.), sia stato produttivo di effetti deleteri e dannosi per il Ca..

Le conclusioni negative, sul punto, visibilmente perplesse del CTU Lemmo non hanno convinto, a ragione, il giudice e sono state smentite dalla successiva consulenza del CTU prof. Pa. D. Lu., sicuramente più aderente alla realtà dei fatti

Va considerato, per contro, che il prof. An. reperiva nel primo intervento, refertandola, la presenza di anse intestinali sì vitali (e quindi da non asportare; ablazione che non era certo cosa da prendere a cuor leggero per le gravissime conseguenti da tale operazione derivanti), ma sofferenti.

Tali conclusioni sono condivisibili perché avvalorate dalla appagante motivazione della relazione congiunta del medico legale prof. Pa. D. Lu. e dello specialista in chirurgia generale prof. An. Pa., che il Giudice apprezza per il rigore logico e per la prudente valutazione (nel *quantum*) che la caratterizza.

È invero di necessaria condivisione, prima che scientifica, di buon senso comune, l'opinione contenuta nella suddetta relazione secondo cui la mancata liberazione delle anse intestinali per un'intera settimana abbia necessariamente causato un ovvio (così il CTU prof. De Lu.) aggravamento dell'iniziale sub-occlusione delle anse.

Nessuno può sapere da quanto tempo, rispetto all'accesso al P.S., Gu. Ca. si trovasse nella situazione data (cioè in quale momento fosse insorta l'ernia diaframmatica).

Tuttavia alcuni dati sono indiscutibili:

- tale patologia era già sussistente alla data del 13 dicembre e
- la tempestività nella liberazione delle anse intestinali erniate è fondamentale perché più tempo passa più si va verso il deterioramento e la necrotizzazione degli organi interessati,
- all'intervento chirurgico del 27 dicembre taluna delle anse (pur già liberate in precedenza) risultava in pessime condizioni, pressoché irrecuperabile, ed il chirurgo (prof. An.) registrava che tale stenosi è verosimilmente da riferire agli esiti della compressione del cingolo erniario diaframmatico come pure l'aspetto edematoso, ispessito, dilatato e cartoneo dell'ansa a monte
- se la compressione esercitata dal bordo della porta erniaria si è resa responsabile della compressione, del danneggiamento e dell'ischemia, e su questo entrambi le consulenze di ufficio concordano, non si vede come si possa negare che il permanere della compressione per ulteriori sette giorni abbia contribuito in modo significativo all'aggravamento dei danni

Osservava il prof. Pa. D. Lu. che con tutte le difficoltà e le approssimazioni inerenti il caso in oggetto, si può stimare un complessivo, attuale danno biologico permanente pari a circa il 45% della totale integrità, oltre il danno estetico non percentualizzabile.

Da ribadire, peraltro, che al paziente sarebbe verosimilmente residua una quota di danno anche a seguito di un trattamento chirurgico eseguito a regola d'arte, per i motivi già esposti in precedenza (danno non precisamente stimabile, ma orientativamente valutabile in misura pari al 20%, limite minimo come da tabella citata).

In definitiva, attualmente il Ca. presenta un danno biologico pari a circa il 45%, oltre il danno estetico, da cui va detratta una percentuale pari al 20% per i motivi già esposti.

Il giudice condivide l'equilibrata prudente valutazione del medico legale.

Il danno differenziale può pertanto essere alligato nella misura del 26% (IP) e in mesi otto di temporanea assoluta e quattro di temporanea parziale al 50%

Come valutare in questo caso l'invalidità permanente?

È necessario tenere fermi i principi enunciati in nota 12 che vanno ulteriormente approfonditi.

Applicando, al risarcimento del danno biologico il criterio della liquidazione tabellare (in questo caso con le tabelle romane) occorre apportarvi dei correttivi al fine di evitare risultati incongrui ed ingiusti, per il danneggiante ovvero per il danneggiato.

Si consideri che ad ogni unto di invalidità corrisponde un valore monetario.

Questo valore varia secondo una precisa funzione matematica.

Le tabelle per il risarcimento del danno biologico hanno natura incrementativa.

La funzione prevede la crescita del valore del punto in relazione all'aumento della gravità del danno (e quindi della percentuale di danno permanente); ed in funzione decrescente rispetto all'età del danneggiato

Per quel che qui interessa è incontestabile che il punto sale in misura più che proporzionale in funzione della gravità del danno permanente

Ciò significa che si ottengono risultati molto diversi a seconda dove si collochi il punto di partenza per il calcolo

Invero, rimanendo al caso in esame, quel 26% di permanente, che costituisce il danno differenziale risarcibile, rispetto a quel 20% che l'attore avrebbe in ogni caso patito anche in assenza di errori, ritardi ed omissioni,

- a. corrisponde secondo le tabelle aggiornate alla data della sentenza, ad E.76.970 se si parte da zero fino a 26%;
- b. corrisponde invece ad E.226.370 se si parte da 20% fino a 46%.

Pur essendo risarcito in entrambi i casi un danno del 26 Non si tratta di una bizzarria.

Se una persona ha un occhio solo vedente, per essa la perdita del secondo occhio ha un valore affittivo molto superiore rispetto alla situazione di chi ha due occhi sani e vedenti.

Applicare semplicemente il metodo A) significa quindi, in tutta evidenza, penalizzare ingiustamente il danneggiato.

Così come e per contro, applicare il metodo B), implica una non ragionevole attribuzione di colpa al danneggiante anche per quei danni o porzione di danni che in nessun caso e modo ha determinato o contribuito a determinare.

La giusta soluzione che va adottata, è quella di integrare, in via necessariamente equitativa, il metodo sub A) al fine di rendere il risarcimento il più possibile adeguato alle conseguenze subite dalla parte lesa a causa delle condotte censurate.

In considerazione di tutte le circostanze emerse dalle consulenze medico legali, si reputa giusto ed equo alligare tale risarcimento nella misura di E. 180.000.00.

La somma dovuta per invalidità temporanea am-

monta ad E. 32.500.

In considerazione dai gravi prolungati patimenti e stress prodotti al Ca. dalle condotte medico - sanitarie censurate, integranti fattispecie di lesioni colpose, il danno morale (pur sempre riferito al danno differenziale), va equitativamente riconosciuto nella somma di E. 90.000.

Quanto alla proiezione del danno (pur sempre riferito al differenziale) sulla vita relazionale dell'attore, ne va sottolineata la grande rilevanza.

La sindrome da intestino corto attiene a situazioni nelle quali si è verificata un'ampia asportazione di intestino-colon che lasciano un tratto intestinale residuo non superiore a 70 cm.

Ne conseguono, fra le altre cose, malassorbimento, perdita di grassi e di vitamine, perdita di massa corporea anche conseguente alle frequenti scariche diarroidiche (anche 15-20 al giorno), necessità di alimentazione parenterale ...

Il tutto a carico di un giovane che all'età di venticinque anni si è visto drasticamente e tragicamente sconvolte per sempre (salvo un improbabile trapianto di intestino allo stato non patrimonio routinario della scienza medico- chirurgica) le possibilità di vivere una vita normale, in tutte le sue molteplici esplicazioni, da quelle lavorative a quelle personalissime (e fra esse in particolare quelle affettive e genitoriali) a quelle economiche e sociali come a titolo esemplificativo il perseguimento di un traguardo lavorativo effettivo e normale conseguente al corso di laurea in giurisprudenza presso l'Università di Roma 3, sportive, alimentari - ludiche etc etc.

Tale danno va allegato nella misura di E. 150.000

Il danno patrimoniale.

Risulta da documenti probanti (buste paga con timbro INAIL) che l'attore oltre che a studiare all'università, svolgeva attività lavorativa (contratto a tempo indeterminato per la società indicata nelle buste paga) a far tempo dall'aprile 2006 con uno stipendio medio di E 1.100 netti.

E presumibile, non in modo astratto quindi, ma concreto, non come danno eventuale, ma come danno certo futuro, che il giovane, lavoratore e studente universitario, aveva ottime possibilità di una fruttuosa attività lavorativa.

Sulla quale il danno differenziale accertato ha inciso duramente (al Ca. è stata riconosciuta un'invalidità civile con pensione INPS media mensile di E. 750 e grave handicap).

Considerata ogni circostanza, considerata la giovane età e le prospettive di lavoro attivo, è senz'altro equo riconoscergli, quale danno certo futuro, la somma di E. 200.000,00 (all'attuale) per il danno da lucro cessante per la perdita di redditi che ne è conseguita.

Su tutte le somme riconosciute a titolo di danno non patrimoniale, vanno applicati gli interessi legali.

Infatti è doveroso riconoscere oltre alla rivaluta-

zione anche l'ulteriore danno consistente nel mancato godimento da parte del danneggiato dell'equivalente monetario del bene perduto per tutto il tempo decorrente fra il fatto e la sua liquidazione. Ed invero devesi a tale fine fare applicazione delle presunzioni semplici in virtù delle quali non si può obliterare che ove il danneggiato fosse stato in possesso delle somme predette le avrebbe verosimilmente impiegate secondo i modi e le forme tipiche del piccolo risparmiatore in parte investendole nelle forme d'uso di tale categoria economica (ad esempio in azioni ed obbligazioni, in fondi, in titoli di Stato o di altro genere) ricavandone i relativi guadagni. Con tali comportamenti oltre a porre il denaro al riparo dalla svalutazione vi sarebbe stato un guadagno (che è invece mancato) che pertanto è giusto e doveroso risarcire, in via equitativa, con la attribuzione degli interessi legali.

Secondo l'insegnamento consolidato delle S.U. essendo state calcolate le somme dovute (per il danno non patrimoniale) all'attuale, in virtù della sentenza del 17.2.1995 n. 1712 della Suprema Corte si è proceduto prima alla devalutazione alla data del fatto dannoso degli importi rivalutati alla data della sentenza; e successivamente calcolando sugli importi rivalutati anno per anno i relativi interessi legali ai tassi stabiliti per legge anno per anno, senza alcuna capitalizzazione.

I convenuti Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e la dott.ssa An. Ro. vanno condannati in solido (la seconda fino all'importo di 1/2) al pagamento in favore dell'attore della complessiva somma di E 727.000,000

-4- Assicurazioni e manleva

L'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini costituendosi veniva autorizzata a chiamare in causa gli Assicuratori dei Lloyd's of London che, con memoria del novembre 2011, oltre ad eccezioni non rilevanti visto l'esito della causa, sollevavano la questione dell'inefficacia della polizza n. 1573867 in quanto l'assicurazione in questione prevedeva una franchigia annua aggregata di E. 1.200.000,00 che rappresentava l'ammontare fino a concorrenza del quale l'Azienda Ospedaliera aveva assunto a suo carico il pagamento di tutte le somme liquidate a termini di polizza per il risarcimento dei danni relativi ai sinistri rientranti in ogni anno assicurativo.

Con la conseguenza che la garanzia del Lloyd's potrebbe operare solo dopo che il totale dei risarcimenti pagati dal contraente avesse esaurito la franchigia aggregata.

Con onere dell'Azienda di dimostrare il superamento della franchigia stessa.

L'Azienda Ospedaliera, per contro, replicava con la memoria *ex art.* 183 I° che la corretta gestione della clausola in questione imporrebbe che i rapporti fra le parti dovrebbero essere regolati a consuntivo, ossia allorché tutti i sinistri afferenti al medesimo periodo assicurativo fossero stati definiti

Reputa il giudice che la polizza assicurativa in questione non sia operativa.

La tesi dell'Azienda non può infatti essere accolta.

Ancora nella memoria conclusionale del 11.5.2017 cioè a distanza di sei anni dalla eccezione dei Lloyd's, l'Azienda si è limitata ad un discorso generico ed astratto, senza alcuna specificità.

È impensabile che dopo tutto questo tempo l'Azienda non sia stata in grado di dimostrare, con attestazioni, produzioni e specialmente ..numeri, l'ammontare dei pagamenti effettuati nell'anno di pertinenza

Va sottolineato che il contratto prevede all'art. 15 che all'inizio di ogni periodo assicurativo annuale il contraente (cioè l'Ospedale, ndr) istituisce un apposito fondo in bilancio per un ammontare pari alla franchigia aggregata. Il fondo è destinato esclusivamente al pagamento dei risarcimenti pertinenti al rispettivo periodo assicurativo ed è gestito dal contraente stesso, con il concorso dell'Ufficio Gestioni Sinistri, attraverso scritture contabili idonee ad identificare in qualunque momento l'ammontare aggiornato dello stanziamento.

Poiché *in claris non fit interpretatio*, non vi è molto da aggiungere se non che l'Azienda è rimasta totalmente inadempiente al suo onere di prova relativamente all'efficacia e vigenza del contratto.

La dott.ssa Ro. ha chiamato in causa spa Unipol Assicurazioni per essere garantita in relazione alla polizza Winterthur a secondo rischio (n. 61/32577688RCT)

Attesa la non operatività della garanzia dei Lloyd's, l'assicurazione Unipol è tenuta indiscutibilmente a manlevare la dott.ssa Ro. per la parte di sua competenza (la metà della somma per cui vi è condanna)

Le spese (che vengono regolate secondo le previsioni – orientative per il giudice che tiene conto di ogni utile circostanza per adeguare nel modo migliore la liquidazione al caso concreto – della 1.24.3.2012 n.27 e del D.M. Ministero Giustizia 10.3.2014 n.55; in particolare si calcola a favore dell'attore l'aumento del 30%, per lo scaglione di competenza, in relazione al valore del riconosciuto; e l'aumento, meritato in relazione alla complessità della causa ed al pregio della difesa, dell'80 % ai sensi dell'art. 4 primo comma) seguono la soccombenza (salvo, per la metà, relativamente alla dott.ssa Ro., in relazione al parziale accoglimento della domanda) e vengono liquidate come in dispositivo a favore dell'attore.

Vengono altresì liquidate a carico dell'attore quanto al prof. Do. An. e compensate quanto al resto non sussistendo (altre) situazioni di soccombenza in senso stretto.

La sentenza è per legge esecutiva.

PQM

(Omissis)

***Nota a sentenza (in breve)

sommario

Premessa. – **1.** Franchigia aggregata e franchigia fissa per sinistro: definizioni e problematiche. – **2.** Franchigia, efficacia del contratto ed onere probatorio. – **3.** La decisione.

Premessa

Il Tribunale di Roma trovatosi a decidere su di una richiesta di risarcimento per *malpractice* medica, ha dovuto pronunciarsi anche sulla domanda di manleva proposta dalla convenuta struttura sanitaria nei confronti della propria compagnia assicurativa. L'assicurazione, terza chiamata in garanzia, dal canto suo ha eccepito l'inoperatività della polizza poiché non ancora erosa la franchigia aggregata prevista contrattualmente.

1. Franchigia aggregata e franchigia per sinistro: definizioni e problematiche

Per franchigia s'intende una somma che viene detratta dal risarcimento coperto dall'assicuratore e che rimane a carico esclusivo dell'assicurato. Due sono le tipologie di franchigie utilizzate per i contratti relativi alla responsabilità civile sanitaria: 1) franchigia fissa per ogni sinistro; 2) franchigia aggregata. La franchigia fissa per sinistro è la somma del risarcimento che resta a carico dell'assicurato (struttura o professionista) per ogni singolo sinistro. Per franchigia aggregata si intende la quota della somma risarcitoria che, durante il periodo stabilito (di norma un anno), resta a carico dell'assicurato: superata la somma ideale pattuita in polizza, ovvero erosa la franchigia aggregata, tutte le successive somme dovute a titolo risarcitorio saranno sostenute dalla Compagnia di assicurazione [*dando per scontato che i sinistri siano coperti*].

Da molti anni oramai, quasi tutte le polizze in ambito r.c. sanitaria, prevedono delle franchigie (per sinistro, aggregate o entrambe) in quanto dette pattuizioni perseguono due obiettivi definiti meritori dalla recente pronuncia della Corte dei Conti¹: a) producono un enorme abbattimento dei premi assicurativi; b) pungolano e spingono le Aziende sanitarie a tenere condotte gestionali virtuose, a prescegliere medici e infermieri competenti e non politicamente "lottizzati"; c) ad avere una gestione attenta delle sale operatorie e dei ricoveri.

In passato, si è dubitato della validità e/o vessatorietà di simili pattuizioni, ritenendo una parte della dottrina che potessero comportare una ingiusta limitazione della responsabilità delle compagnie assicurative. Tuttavia la Corte di Cassazione, con diverse pronunce, ha stabilito che le pattuizioni contenenti somme a titolo di franchigie, non possono mai ritenersi vessatorie

¹ Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 4 ottobre 2016, n. 163.

poiché attinenti all'oggetto stesso del contratto. Nello specifico gl'Ermellini, ancora con una recente sentenza, hanno ribadito che le franchigie «concernendo la "quantità di sicurezza" che l'assicurato acquista dall'assicuratore, pertengono all'oggetto del contratto, la cui delimitazione è lasciata dalla legge alla libera contrattazione delle parti, e non può mai dar luogo ad un giudizio di vessatorietà»².

Sotto un profilo economico, il più delle volte, si vuol ritenere la franchigia aggregata poco conveniente: in realtà così non è. Infatti, se è vero che l'assicurato a fronte del pagamento di un premio deve anche sostenere i costi del risarcimento fino all'erosione della franchigia di quella annualità, è anche vero che lo stesso premio è ridotto di gran lunga. Se il premio senza franchigia è 10, con franchigia di 2 ad anno potrà essere di 4, con un risparmio di 4.

Il contraente ideale è – in campo MedMal – la struttura sanitaria, perché a fronte di un sicuro risparmio del premio, ed a fronte di numerosi sinistri nel corso dell'anno, avrà modo di aver già arrestato il suo esborso facendo fronte al pagamento dell'importo in franchigia, e rimettere alla Compagnia ogni altro pagamento pur avendo corrisposto un premio molto più basso.

2. Franchigia, efficacia del contratto ed onere probatorio

Una volta chiarito che la previsione di una franchigia non incide sulla validità del contratto assicurativo, bensì sull'efficacia dello stesso, occorre affrontare la questione della ripartizione dell'onere probatorio tra assicurazione ed assicurato.

Nello specifico è necessario stabilire se la difesa di una Compagnia Assicurativa che eccepisca la mancata erosione della somma indicata come franchigia aggregata, costituisca una mera contestazione dei fatti costitutivi della domanda di manleva ovvero una eccezione in senso proprio indicando un fatto impeditivo del diritto alla manleva.

La Corte di Cassazione, difatti, ha più volte specificato che l'assicuratore della responsabilità civile, convenuto per l'adempimento del contratto, allegando l'esclusione della garanzia assicurativa, non propone un'eccezione in senso proprio, poiché tale allegazione si risolve nella mera contestazione della mancanza di prova del fatto costitutivo della domanda. Ne consegue che l'assicuratore non assume alcun onere probatorio, restando immutato a carico dell'attore chiamante in causa, a carico dell'assicurato, l'onere di dimostrare il fatto costitutivo della domanda in tutta la sua estensione³.

Al contrario, qualora una Compagnia Assicurativa eccepisca la sussistenza di una circostanza di fatto ido-

nea a sussumere un rischio tra quelli esclusi dalla polizza, tale circostanza rappresenta un fatto impeditivo di quel diritto il cui onere probatorio spetta al convenuto ovvero all'assicurazione⁴.

3. La decisione

Per il Tribunale di Roma, l'eccezione proposta dalla Compagnia Assicurativa rappresenta una mera contestazione dell'efficacia del contratto, intesa quale elemento costitutivo della domanda di manleva la cui prova spetta sempre all'assicurato. D'altronde tale soluzione si palesa la più ragionevole dal momento che, come osservato anche dal giudice capitolino, è l'assicurato stesso ad effettuare i pagamenti per i sinistri rientranti ancora in franchigia sicché ben potrebbe provare l'esatto ammontare di detti pagamenti nonché l'intervenuta erosione della stessa. Il Giudice ha così motivato «Ancora nella memoria conclusionale del 11.5.2017 cioè a distanza di sei anni dalla eccezione dei Lloyd's, l'Azienda si è limitata ad un discorso generico ed astratto, senza alcuna specificità. È impensabile che dopo tutto questo tempo l'Azienda non sia stata in grado di dimostrare, con attestazioni, produzioni e specialmente numeri, l'ammontare dei pagamenti effettuati nell'anno di pertinenza. Va sottolineato che il contratto prevede all'art. 15 che all'inizio di ogni periodo assicurativo annuale il contraente (cioè l'Ospedale, ndr) istituisce un apposito fondo in bilancio per un ammontare pari alla franchigia aggregata. Il fondo è destinato esclusivamente al pagamento dei risarcimenti pertinenti al rispettivo periodo assicurativo ed è gestito dal contraente stesso, con il concorso dell'Ufficio Gestioni Sinistri, attraverso scritture contabili idonee ad identificare in qualunque momento l'ammontare aggiornato dello stanziamento. Poiché *in claris non fit interpretatio*, non vi è molto da aggiungere se non che l'Azienda è rimasta totalmente inadempiente al suo onere di prova relativamente all'efficacia e vigenza del contratto».

² Cass. civ., sez. III, 06 ottobre 2016, n. 19997.

³ Cass. civ., sez. III, 16 marzo 2012, n. 4234; Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2006, n. 6108.

⁴ Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2013, n. 6548.

Pietro Sorrentino
Avvocato

Sulla validità del contratto "sale and lease back".

Nota a Corte di Cassazione, Sezione III, 6 luglio 2017, n. 16646

abstract

For the Court of Cassation, the sale and lease back contract is not, in itself, violation of the prohibition of commissory pact, but the cause of the sale must be considered in practice.

keywords

Contract sale and lease back – Validity – Unlawful cause.

abstract

Per la Corte di Cassazione il contratto sale and lease back non è di per sé in frode al divieto di patto commissorio, ma occorre considerare in concreto la causa della vendita.

parole chiave

Contratto sale and lease back – Validità – Causa illecita.

Contratto sale and lease back – Astrattamente valido – Causa e scopo del negozio – Valutazione in concreto

Il c.d. contratto di "sale and lease back" è nullo se in concreto realizza una funzione di garanzia, poiché in tal modo viola il divieto di patto commissorio sancito dall'articolo 2744 del cc.

Cass., sez. terza, 06 luglio 2017, n. 16636,

Pres. Spirito - Rel. Scarano

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con sentenza del 23/4/2013 la Corte d'Appello di Brescia, in accoglimento del gravame interposto dal Fallimento (omissis) s.r.l. (già (omissis) s.r.l.) e in conseguente riforma della pronuncia Trib. Brescia 13/12/2006, ha dichiarato la nullità del contratto di compravendita stipulato in data 16/10/1992 tra la so-

cietà (omissis) s.r.l. e la società F. L. s.p.a. avente ad oggetto immobile sito in Comune di (omissis), per violazione del divieto del patto commissorio ex art. 2744 c.c..

Avverso la suindicata pronuncia della corte di merito la società F. L. s.p.a. propone ora ricorso per cassazione, affidato a 6 motivi.

Resiste con controricorso il Fallimento (omissis) s.r.l. (già (omissis) s.r.l.), che ha presentato anche memoria.

Motivi della decisione

Con il 1 motivo la ricorrente denuncia violazione degli artt. 99, 112 e 345 c.p.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3; nonché "erronea interpretazione di una eccezione/domanda del curatore", in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, (nel testo previgente).

Si duole che erroneamente la corte di merito abbia "ritenuto che il rilievo della nullità sia stato introdotto ope exceptionis dal curatore", laddove "ciò è sbagliato e viola il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ovvero confonde l'eccezione con la domanda", giacché "il rilievo in questione non è... intrinsecamente un'eccezione" ma la "nullità della transazione costituiva... *conditio sine qua non* per il successivo accertamento della nullità del *sale and lease back*".

Con il 2 motivo denuncia violazione degli artt. 101 e 112 c.p.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3; nonché "erronea interpretazione di una eccezione/domanda del curatore", in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, (nel testo previgente).

Lamenta che "il principio del contraddittorio è stato nella specie violato avendo la Corte equivocato la natura della cosiddetta eccezione sollevata in secondo grado, eccezione che ha comportato l'esame del profilo di nullità in assenza della necessaria domanda di accertamento".

Con il 3 motivo denuncia violazione degli artt. 1965 e 1421 c.c., artt. 99 e 112 c.p.c., in riferimento

all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Con il 4 motivo denuncia violazione dell'art. 1421 c.c. e artt. 99, 101 e 112 c.p.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si duole che la corte di merito abbia dichiarato d'ufficio la nullità della transazione al di fuori dei limiti posti all'art. 1421 c.c., e cioè in assenza di domanda di adempimento del contratto.

Lamenta che a tale stregua le "è stata nella specie confiscata la prerogativa di formulare domande conseguenti alla ipotetica nullità, specialmente considerando il *decisum* della sentenza impugnata, che ha ritenuto di statuire sulla nullità in funzione dell'eccezione che la sentenza stessa reputa sollevata in grado d'appello. Grado nel quale il contraddittorio è cristallizzato e non suscettibile di consentire le garanzie... necessarie affinché siano rispettati i principi prima richiamati e garantiti, in primo grado, dalla corretta applicazione dell'art. 183 c.p.c."

Con il 5 motivo denuncia violazione dell'art. 1972 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si duole che l'"ipotetica nullità della transazione ex art. 1972 cod. civ. presuppongono... lo scrutinio di effettiva illiceità del *sale and lease back*".

Con il 6 motivo denuncia "omessa e contraddittoria" motivazione su punto decisivo della controversia, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, (nel testo previgente).

Si duole che la motivazione risulti totalmente omessa, insufficiente e contraddittoria in ordine agli "elementi patologici" sintomatici della illiceità del *sale and lease back*.

I motivi, che possono congiuntamente esaminarsi in quanto connessi, sono in parte inammissibili e in parte infondati.

Va anzitutto osservato che esso risulta formulato in violazione dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, atteso che gli atti e documenti del giudizio di merito dalla ricorrente posti a base delle censure (es., il "contratto 22.1.1996", la "pag. 4 della comparsa di riassunzione", la "sentenza n. 4125/2006 4/13.12.2006" del Tribunale di Brescia, all'atto di appello) risultano meramente richiamati e non anche (per la parte strettamente d'interesse in questa sede) debitamente riportati nel ricorso ovvero, laddove riprodotti, non sono al riguardo fornite puntuali indicazioni necessarie ai fini della relativa individuazione con riferimento alla sequenza dello svolgimento del processo inerente alla documentazione, come pervenuta presso la Corte Suprema di Cassazione, al fine di renderne possibile l'esame (v., da ultimo, Cass., 16/3/2012, n. 4220), con precisazione (anche) dell'esatta collocazione nel fascicolo d'ufficio o in quello di parte, e se essi siano stati rispettivamente acquisiti o prodotti (anche) in sede di giudizio di legittimità (v. Cass., 23/3/2010, n. 6937; Cass., 12/6/2008, n. 15808; Cass., 25/5/2007, n. 12239, e, da ultimo, Cass., 6/11/2012, n. 19157), la mancanza

anche di una sola di tali indicazioni rendendo il ricorso inammissibile (cfr., da ultimo, Cass., Sez. Un., 19/4/2016, n. 7701).

A tale stregua non deduce le formulate censure in modo da renderle chiare ed intelligibili in base alla lettura del solo ricorso, non ponendo questa Corte nella condizione di adempiere al proprio compito istituzionale di verificare il relativo fondamento (v. Cass., 18/4/2006, n. 8932; Cass., 20/1/2006, n. 8/11/2005, n. 21659; Cass., 2/81/2005, n. 16132; Cass., 25/2/2004, n. 3803; Cass., 28/10/2002, n. 15177; Cass., 12/5/1998 n. 4777) sulla base delle sole deduzioni contenute nel medesimo, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative, non avendo la Corte di legittimità accesso agli atti del giudizio di merito (v. Cass., 24/3/2003, n. 3158; Cass., 25/8/2003, n. 12444; Cass., 1/2/1995, n. 1161).

Non sono, infatti, sufficienti affermazioni – come nel caso – apodittiche, non seguite da alcuna dimostrazione, dovendo il ricorrente viceversa porre la Corte di legittimità in grado di orientarsi fra le argomentazioni in base alle quali ritiene di censurare la pronuncia impugnata (v. Cass., 21/8/1997, n. 7851).

Non può d'altro canto sottacersi che giusta principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità l'omesso esame di una domanda e la pronuncia su domanda non proposta, nel tradursi nella violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sono deducibili con ricorso per cassazione esclusivamente quale *error in procedendo* ex art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, (cfr. Cass., Sez. Un., 16/10/2008, n. 25246; Cass., 29/9/2006, n. 21244; Cass., 5/12/2002, n. 17307; Cass., 23/5/2001, n. 7049) (nullità della sentenza e del procedimento) (v. Cass., Sez. un., 14/1/1992, n. 369; Cass., 25/9/1996, n. 8468), e non anche sotto il profilo della violazione o falsa applicazione di norme di diritto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, come dall'odierna ricorrente viceversa prospettato (v. in particolare Cass., 4/6/2007, n. 12952; Cass., 22/11/2006, n. 24856; Cass., 26/1/2006, n. 1701).

Con particolare riferimento al 5 e al 6 motivo va osservato che, diversamente da quanto dedotto dalla ricorrente, la corte di merito ha nell'impugnata sentenza fatto invero analitica e puntuale disamina dei presupposti legittimanti il contratto di *sale and lease back* ovvero deponenti per la violazione del patto commissorio ex art. 2744 c.c., giusta quanto indicato nella richiamata sentenza Cass. n. 5583 del 2011.

Tale contratto (con il quale una impresa commerciale o industriale vende un bene immobile di sua proprietà ad un imprenditore finanziario che ne paga il corrispettivo, diventandone proprietario, e contestualmente lo cede in locazione finanziaria (*leasing*) alla stessa venditrice, che versa periodicamente dei canoni di *leasing* per una certa durata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto, corrispondendo

al termine di durata del contratto il prezzo stabilito per il riscatto), ha scopo di leasing e non di garanzia in quanto nella configurazione socialmente tipica del rapporto costituisce solo il presupposto necessario della locazione finanziaria, inserendosi nell'operazione economica secondo la funzione specifica di questa, che è quella di procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, liquidità immediata mediante l'alienazione di un suo bene strumentale, al medesimo conservandone l'uso con facoltà di riacquistarne, al termine del rapporto, la proprietà.

Siffatta vendita, ed il complesso rapporto atipico nel quale si inserisce, non è di per sé in frode al divieto di patto commissorio (in ordine al quale v. da ultimo Cass., 5/3/2010, n. 5426; Cass., 12/1/2009, n. 437).

Essendo diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore spinto alla ricerca di un mutuo (o alla richiesta di una dilazione nel caso di patto commissorio ab intervallo) da ristrettezze finanziarie, e a precludere, quindi, al predetto creditore la possibilità di fare proprio il bene attraverso un meccanismo che lo sottrarrebbe alla regola della par condicio *creditorum*, tale divieto deve ritenersi violato ogniqualvolta lo scopo di garanzia costituisca non già mero motivo del contratto ma assurga a causa concreta della vendita con patto di riscatto o di retrovendita (v. Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26973; Cass., 27/7/2006, n. 17145; Cass., 8/5/2006, n. 10490; Cass., 14/11/2005, n. 22932; Cass., 26/10/2005, n. 20816; Cass., 21/10/2005, n. 20398), a meno che in base a dati sintomatici ed obiettivi quali la presenza di una situazione credito-debitoria preesistente o contestuale alla vendita o la sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene alienato e, in altri termini, delle reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto (costituenti invero accertamento di fatto: v. Cass., 16/10/1995, n. 10805; Cass., 19/7/1997, n. 6663; Cass., 26/6/2001, n. 8742; Cass., 22/3/2007, n. 6969), non risulti che nel quadro del rapporto diretto ad assicurare una liquidità all'impresa alienante, l'alienazione risulti strumentalmente piegata al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, che in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore, abusando della debolezza del debitore (v. Cass., 16/10/1995, n. 10805; Cass., 7/5/1998, n. 4612; Cass., 29/3/2006, n. 7296).

Come il c.d. leasing finanziario (in ordine al quale v. Cass., 27/7/2006, n. 17145), anche il contratto come nella specie di *sale and lease back* si configura invero, secondo uno schema negoziale socialmente tipico (in quanto frequentemente applicato, sia in Italia che all'estero, nella pratica degli affari), come caratterizzato da una specificità tanto di struttura quanto di funzione (e, quindi, da originalità e autonomia rispetto ai tipi negoziali codificati), e concretamente attuato attraverso il collegamento tra un contratto di vendita di un bene di natura strumentale da parte di un'im-

presa (o di un lavoratore autonomo) ad una società di finanziamento che, a sua volta, lo concede contestualmente in leasing all'alienante il quale corrisponde, dal suo canto, un canone di utilizzazione con facoltà, alla scadenza del contratto, di riacquistarne la proprietà esercitando un diritto di opzione per un predeterminato prezzo (v. Cass., 9/3/2011, n. 5583).

Manca, pertanto, nella fattispecie negoziale de qua la trilateralità propria del leasing, potendo essere due (e soltanto due) i soggetti dell'operazione finanziaria (e, conseguentemente, le parti del contratto), in quanto l'imprenditore assume la duplice veste del fornitore-venditore e dell'utilizzatore, secondo un procedimento non diverso da quello dell'antico costituito possessorio.

Ne consegue che il negozio di *sale and lease back* viola la ratio del divieto del patto commissorio, al pari di qualunque altra fattispecie di collegamento negoziale, ove allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, il debitore trasferisca a garanzia del creditore stesso un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all'esito dell'adempimento dell'obbligazione senza peraltro, prevedere alcuna facoltà, in caso di inadempimento, di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito, con un adattamento funzionale dello scopo di garanzia del tutto incompatibile con la struttura e la ratio del contratto di compravendita (v. Cass., 21/1/2005, n. 1273).

L'operazione contrattuale può cioè definirsi fraudolenta nel caso in cui si accerti, con un'indagine che è tipicamente, di fatto, e sindacabile in sede di legittimità soltanto sotto il profilo della correttezza della motivazione, la compresenza delle seguenti circostanze: a) la presenza (preesistente o contestuale) di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice; b) una situazione di difficoltà economica del venditore legittimante il sospetto di relativo approfittamento (nel quadro del rapporto diretto ad assicurare una liquidità all'impresa alienante, è stata piegata al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, il quale in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore, abusando della debolezza del debitore: v. Cass., 16/10/1995, n. 10805; Cass., 7/5/1998, n. 4612; Cass., 29/3/2006, n. 7296); c) la sproporzione tra valore del bene alienato ed entità del prezzo versato, in altri termini, delle reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto (v. Cass., 14/3/2006, n. 5438).

L'esistenza invece di una concreta causa negoziale di scambio (che può riguardare, o meno, tanto il *sale and lease back* quanto lo stesso leasing finanziario) esclude in radice la configurabilità del patto vietato (v. Cass., 21/1/2005, n. 1273).

Il *sale and lease back* costituisce dunque operazione caratterizzata da una pluralità di negozi collegati funzionalmente volti al perseguimento di uno spe-

cifico interesse pratico che ne costituisce appunto la relativa causa concreta, la quale assume specifica ed autonoma rilevanza rispetto a quella - parziale - dei singoli contratti, di questi ultimi connotando la reciproca interdipendenza (si che le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia) nella pur persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale, a tale stregua segnandone la distinzione con il negozio complesso o con il negozio misto (v. Cass., 16/3/2006, n. 5851; Cass., 12/7/2005, n. 14611; Cass., 17/12/2004, n. 23470; Cass., 24/3/2004, n. 5941; Cass., 16/5/2003, n. 7640; Cass., 11/6/2001, n. 7852; Cass., 4/9/1996, n. 8070; Cass., 27/4/1995, n. 4645; Cass., 20/11/1992, n. 12401; Cass., 5/7/1991, n. 7415; Cass., 15/12/1984, n. 6586; Cass., 17/11/1983, n. 6864; Cass., 2/7/1981, n. 4291, V. anche Cass., 8/7/2004, n. 12567; Cass., 2/4/2001, n. 4812; Cass., 11/3/1987, n. 2524. Per il collegamento volontario v., in particolare, Cass., 25/7/1984, n. 4350), la cui valutazione assume decisivo rilievo ai fini della valutazione in termini di relativa validità (nel qual caso, ai fini della determinazione delle imposte sui redditi ne consegue, anche in caso di lease back, come nell'ipotesi di leasing, la deducibilità dei relativi canoni da parte dell'utilizzatore: v. Cass., 29/3/2006, n. 7296; e l'A.F. non può, ai fini dell'I. V.A., ritenere l'operazione inesistente e puramente apparente: v. Cass., 25/5/2009, n. 12044) o nullità (v. Cass., 7/5/1998, n. 4612).

Orbene, precisato che tale contratto è lecito se diretto a finanziare l'impresa mentre è nullo - per illiceità della causa - se la sua funzione è invece di garantire maggiormente con la proprietà dei beni la società mutuante, nel fare espressamente richiamo a Cass., 9/3/2011, n. 5583 la corte di merito ha nell'impugnata sentenza proceduto alla verifica della sussistenza dei suindicati indici rivelatori del patto vietato nel caso concreto.

Nel ravvisare (in esplicazione di propri poteri, trattandosi di accertamento di fatto spettante al giudice di merito: v. Cass., 9/3/2011, n. 5583; Cass., 16/10/1995, n. 10805; Cass., 19/7/1997, n. 6663; Cass., 26/6/2001, n. 8742; Cass., 22/3/2007, n. 6969) l'effettiva ricorrenza nella specie di tutti i medesimi ("ciascuno degli elementi che, secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione, devono essere valorizzati per ritenere l'illegittimità del contratto, risulta presente"), tale giudice è quindi correttamente pervenuto a concludere che nel caso "la pattuizione deve ritenersi" invero specificamente "volta ad aggirare, con intento fraudolento, il divieto del patto commissorio previsto dall'art. 2744 c.c., e pertanto sanzionabile, per illiceità della causa, con la nullità, ai sensi dell'art. 1344 c.c., in relazione all'art. 1418 c.c., comma 2".

Emerge dunque evidente (avuto in particolare riguardo ai primi 4 motivi), come nel sottolineare che "la questione della nullità della transazione, in quanto

conseguenza ex art. 1972 c.c. della illiceità del rapporto originario, costituisce l'esatto *thema decidendum*, sicché non può condividersi la decisione del Tribunale che ha ritenuto di non doversi occupare del punto", altresì precisando che "il tema centrale dell'impugnazione... è relativo all'illiceità dell'operazione di "*sale and lease back*" in quanto dissimulante una alienazione a scopo di garanzia in violazione del patto commissorio ex art. 2744 c.c.", la corte di merito ha nell'impugnata sentenza fatto invero corretta applicazione del principio affermato da questa Corte in base al quale nel giudizio di appello (ed in quello di cassazione), in caso di mancata rilevazione officiosa in primo grado di una nullità contrattuale, il giudice ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo in ordine alla più ampia operazione negoziale riconducibile allo schema del *sale and lease back* (v. Cass., Sez. Un., 12/12/2014, n. 26242; Cass., 27/10/2015, n. 21755. Cfr. altresì Cass., 16/5/2006, n. 11356).

Per altro verso si evince invero come, lungi dal denunciare vizi della sentenza gravata rilevanti sotto i ricordati profili, oltre a risultare formulate secondo un modello difforme da quello delineato all'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, le deduzioni della ricorrente in realtà si risolvono in un'inammissibile mera contrapposizione della propria tesi difensiva alle statuizioni contenute nell'impugnata sentenza (e in particolare laddove ancora una volta - si deduce, come sopra riportato, che "al tempo dell'occupazione e dell'istanza l'alloggio non era stato assegnato ad altri soggetti, contrariamente a quanto labilmente afferma l'ente comunale"), nonché nella mera doglianza circa la dedotta erronea attribuzione da parte del giudice del merito agli elementi valutati di un valore ed un significato difformi dalle sue aspettative (v. Cass., 20/10/2005, n. 20322), e nell'inammissibile pretesa di una lettura dell'asserto probatorio diversa da quella nel caso operata dai giudici di merito (cfr. Cass., 18/4/2006, n. 8932).

Per tale via in realtà sollecitata, cercando di superare i limiti istituzionali del giudizio di legittimità, un nuovo giudizio di merito, in contrasto con il fermo principio di questa Corte secondo cui il giudizio di legittimità non è un giudizio di merito di terzo grado nel quale possano sottoporsi alla attenzione dei giudici della Corte di Cassazione elementi di fatto già considerati dai giudici del merito, al fine di pervenire ad un diverso apprezzamento dei medesimi (cfr. Cass., 14/3/2006, n. 5443).

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

PQM

(*Omissis*)

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

sommario

Premessa. – 1. Art. 2744 c.c. e divieto di patto commissorio. – 2. Il contratto *sale and lease back* e la possibile elusione del divieto. – 3. La decisione.

Premessa

Con l'annotata sentenza la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della validità dei contratti c.d. *sale and lease back* e della possibilità che venga eluso con tale strumento il divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

1. Art. 2744 c.c. e divieto di patto commissorio

Il patto commissorio è l'accordo con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento di un debito nel termine fissato, la proprietà della cosa posta a garanzia dell'adempimento passi al creditore. Il Codice Civile vieta espressamente tale tipo di pattuizione, conseguenza la nullità dello stesso, all'art. 1963 ed all'art. 2744 il quale così recita «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

Il c.d. patto commissorio risulta composto da due elementi contestuali ed indefettibili, ancorché variamente strutturati: la sussistenza di un debito non ancora scaduto e la subordinazione del trasferimento della proprietà al mancato pagamento di detto debito¹. Ciò posto risulta di tutta evidenza la differenza tra patto commissorio e *datio in solutum*, espressamente ammesso nel nostro ordinamento.

Difatti la giurisprudenza oramai consolidata esclude a priori che la dazione in pagamento possa essere usata per aggirare il divieto posto dall'art. 2744 cod. civ. poiché il trasferimento o la promessa di trasferimento – nelle ipotesi di prestazioni in luogo dell'adempimento – sono frutto di una libera scelta del debitore il quale è libero di cedere i propri beni ai creditori a soddisfacimento delle loro ragioni (a condizione che l'accordo sia successivo alla stipulazione o alla proroga del mutuo e salvo il ricorso alle ordinarie azioni di annullamento del contratto). Diversamente nel negozio commissorio il trasferimento del bene è condizionato sospensivamente al verificarsi di un evento futuro ed incerto quale il mancato pagamento del debito, mentre nell'ipotesi la *datio in solutum* rappresenta un accordo autonomo e successivo pattuito allo scopo di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto².

Non configurano inoltre ipotesi di patto commissorio, quelle stipulazioni intese a sottrarre un bene del debitore alle formalità dell'esecuzione forzata, ma che non sono poste in essere in vista dell'oggettiva finalità

di dar vita ad una garanzia reale del credito ed a far conseguire al creditore un potenziale ingiusto guadagno. Dunque non rientra nel divieto ex art. 2744 c.c. neppure il c.d. "patto marciano", vale a dire la convenzione in base alla quale il creditore, verificatosi l'inadempimento, venga ad acquistare la proprietà del bene vincolato, con l'obbligo da parte sua di versare la differenza tra l'importo del proprio credito ed il valore del bene, da stimarsi oggettivamente.

Ferme le ipotesi appena menzionate, al contrario, nel corso degli anni, il divieto di cui all'art. 2744 c.c. è stato ritenuto applicabile a tutte una serie di forme negoziali che, in realtà, si discostavano dalla fattispecie legale individuata dal medesimo articolo. Difatti, seppur il modello legale del patto commissorio è quello di un negozio accessorio ad uno diverso di costituzione di una garanzia tipica, la dottrina e la giurisprudenza hanno concordato nel ritenere che il divieto sia estensibile anche ad ogni altro accordo volto a realizzare da solo ed autonomamente la medesima funzione di garanzia delle ragioni creditorie, senza la costituzione di garanzie reali (il patto commissorio c.d. autonomo). Altrimenti detto la giurisprudenza ritiene che qualsiasi contratto astrattamente lecito, incorre comunque nella sanzione ex art. 2744 c.c. qualora produca i medesimi risultati da tale norma sanzionati, ovvero la illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, e cioè tale da carpire l'accettazione preventiva del trasferimento della proprietà di un suo bene quale conseguenza della mancata estinzione di un suo debito³.

In virtù di tale interpretazione (in chiave espansiva) dell'art. 2744 c.c. la giurisprudenza ha ricondotto al dettato dello stesso, ad esempio, perfino i contratti preliminari qualora, col bene promesso, si sia inteso realizzare una garanzia reale in funzione dell'adempimento di obbligazioni assunte con diverso contratto⁴.

2. Il contratto *sale and lease back* e la possibile elusione del divieto

Negli ultimi anni anche il contratto "*sale and lease back*" è stato soggetto al vaglio della Suprema Corte relativamente alla possibilità che possa costituire uno strumento atto ad eludere il divieto di cui all'art. 2744 c.c.. Con tale locuzione (o anche "locazione finanziaria di ritorno") s'intende un contratto atipico attraverso il quale un imprenditore vende a una società finanziaria un bene di sua proprietà che poi quest'ultima gli concederà in leasing, secondo lo schema del costituito possessore. In seguito l'imprenditore potrà riacquistare la proprietà del bene esercitando il diritto di opzione caratterizzato dalla presenza di due schemi negoziali, uno tipico, la vendita, l'altro atipico, il leasing finan-

¹ Trib. Monza, 09 ottobre 2012.

² In tal senso Cass. civ., sez. II, 20 giugno 2008, n. 16953.

³ Cass. civ., sez. II, 30 settembre 2013, n. 22314; Cass. civ., sez. II, 20 febbraio 2013, n. 4262; Cass. civ., sez. II, 02 luglio 2013, n. 16558.

⁴ Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2013, n. 12462.

ziario.

Si tratta, pertanto, di un contratto atipico *ex art.* 1322 c.c., con una struttura bilaterale: da un lato il proprietario originario, futuro utilizzatore, dall'altro la società di leasing, che acquista un bene dal primo, per poi concederglielo in godimento attraverso la stipula di un leasing finanziario, con conseguente pagamento dei canoni convenuti e patto di opzione finale per il riacquisto del bene da parte dell'utilizzatore. La causa concreta sottesa all'operazione consiste nella possibilità per il proprietario originario di ottenere liquidità, continuando ad utilizzare un bene, che successivamente potrà riacquistare.

Sono sorti molti dubbi circa la validità di tale contratto in quanto il risultato finale che ne potrebbe derivare, nell'ipotesi di mancato pagamento dei canoni, è equivalente a quello che può essere realizzato con il patto commissorio.

In un primo momento, si è registrato un generale giudizio di liceità del contratto in questione, sul presupposto che il trasferimento della proprietà era immediato e non subordinato all'inadempimento del debitore.

Successivamente, contestualmente alla nuova interpretazione (in chiave espansiva) fornita dell'art. 2744 c.c., il *sale and lease back* è stato considerato un contratto a rischio di nullità. Infatti, alcune pronunce giurisprudenziali hanno riscontrato in esso lo scopo di aggirare il divieto di patto commissorio. Tuttavia, di recente la giurisprudenza sembra essersi orientata nel considerare, in astratto, l'operazione negoziale come lecita, ritenendo tuttavia al contempo la necessità di una valutazione caso per caso sulla base di indizi, oggettivi e soggettivi, la cui mancanza determina il sospetto della frode alla legge⁵.

Nello specifico, secondo gl'Ermellini, affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie anche ai fini della nullità dell'intero procedimento negoziale per illiceità del motivo o della causa ai sensi degli artt. 1344 e 1345 cod. civ., è necessario che ricorrano: il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico fra i negozi; il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti, pur se non manifestato in forma espressa, di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento ed il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore⁶.

3. La decisione

Nel caso in esame, è stata sottoposta al giudizio di legittimità una sentenza della Corte d'Appello di Brescia la quale aveva ritenuto nullo un contratto di com-

pravendita di un immobile concluso tra due società di cui una finanziaria.

Ebbene la Suprema Corte ha colto l'occasione per ribadire la astratta liceità dei contratti c.d. *sale and lease back*, i quali non possono di per sé considerarsi in frode al divieto di patto commissorio.

Detto divieto, precisa la Corte, è diretto ad impedire al creditore: da un lato l'esercizio di una coazione morale sul debitore spinto alla ricerca di un mutuo da ristrettezze finanziarie; dall'altro la possibilità di fare proprio il bene attraverso un meccanismo che lo sottrarrebbe alla regola della *par condicio creditorum*.

Ciò posto deve ritenersi violato solamente quando, a seguito di una attenta valutazione del caso specifico, lo scopo di garanzia costituisca non già mero motivo del contratto, ma assurga a causa concreta della vendita con patto di riscatto o di retrovendita.

Infine la Corte di Cassazione, a completamento del proprio ragionamento ed ottemperando alla propria funzione nomofilattica, fornisce altresì le necessarie direttive per giungere alla suddetta valutazione, indicando alcune tre circostanze che, se riscontrabili, portano ad un giudizio di nullità del contratto. Tali circostanze sono:

- a) la presenza (preesistente o contestuale) di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice;
- b) una situazione di difficoltà economica del venditore legittimante il sospetto di relativo approfittamento (nel quadro del rapporto diretto ad assicurare una liquidità all'impresa alienante, è stata piegata al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, il quale in tal modo tenta di acquisire l'ecedenza del valore, abusando della debolezza del debitore;
- c) la sproporzione tra valore del bene alienato ed entità del prezzo versato, in altri termini, delle reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto.

⁵ Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2016, n. 1625; Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5438; Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2005, n. 1273.

⁶ Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580.

a cura di
Mario de Bellis
Avvocato

Rassegna di legittimità

Imposte sui redditi – Operazione di "stock lending" – Nozione – Usufrutto di azioni – Stesso fenomeno economico – Applicazione dell'art. 109, comma 8, TUIR

La Sezione Tributaria, in tema di deducibilità dei costi in relazione a partecipazioni societarie, ha affermato che l'operazione di "Stock Lending", ossia di prestito di azioni che preveda a favore del mutuatario il diritto all'incasso dei dividendi dietro versamento al mutuante di una commissione (corrispondente, o meno, all'ammontare dei dividendi riscossi), realizza il medesimo fenomeno economico dell'usufrutto di azioni, non rilevando che in un caso si verta su un diritto reale e nell'altro su un diritto di credito, sicchè è soggetta ai limiti di cui all'art. 109, comma 8, TUIR, restando il versamento della commissione un costo indeducibile.

Cass., sez. V, 12 maggio 2017, n. 11872, Pres. Bielli - Est. Fuochi Tinarelli

Notifica del ricorso a mezzo posta – Termine di costituzione del ricorrente o dell'appellante – Decorrenza – Individuazione

Le Sezioni Unite, componendo il relativo contrasto, hanno stabilito che, nel processo tributario, il termine di trenta giorni per la costituzione in giudizio del ricorrente e dell'appellante, che si avvalga della notificazione del servizio postale universale, decorre non dalla data di spedizione diretta del ricorso a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, ma dal giorno della ricezione del plico da parte del destinatario (o dall'evento che la legge considera equipollente alla ricezione).

Cass., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13452, Pres. Rordorf - Est. Cirillo

Contratto in generale – Annullabilità assoluta – Convalidabilità del negozio – Esclusione

Il negozio affetto da annullabilità assoluta non è convalidabile giacché, da un lato, la convalida dovrebbe provenire da tutti i soggetti legittimati a far valere l'annullabilità e, dall'altro, la sanzione è finalizzata alla tutela di interessi di natura diversa e trascendenti da quelli dei meramente individuali dei contraenti.

Cass., sez. un., 20 giugno 2017, n. 15268, Pres. Matera - Est. Criscuolo

Attribuzione patrimoniale gratuita di bene soggetto a vincolo di destinazione perpetuo – Nullità

L'attribuzione patrimoniale gratuita (nella specie, sotto forma di legato) di un bene sottoposto ad un vincolo perpetuo di destinazione, imposto dal disponente con clausola modale, è nulla per violazione dell'art. 1379 c.c., risultando incisivamente compromesso il diritto di proprietà dell'onerato, i cui poteri dispositivi sul bene – destinato a circolare, pena inadempimento, col medesimo vincolo – risultano sostanzialmente sterilizzati "sine die".

Cass. Sez. II, 20 giugno 2017, n. 15240, Pres. Mazzacane - Est. Manna

Assegno divorzile – Richiesta di revisione, ex art. 9, comma 1, della L. n. 898 del 1970, incidente sulla spettanza del relativo diritto – Principi di cui alla sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 11504 del 2017 – Applicabilità

La Prima Sezione civile ha ritenuto che il giudice richiesto della revisione dell'assegno divorzile che incida sulla stessa spettanza del relativo diritto (precedentemente riconosciuto), in ragione della sopravvenienza di giustificati motivi dopo la Cass. Sez. che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio», deve verificare se i sopravvenuti motivi dedotti giustificano effettivamente, o meno, la negazione del diritto all'assegno a causa della sopraggiunta "indipendenza o autosufficienza economica" dell'ex coniuge beneficiario, desunta dagli indici individuati con la Cass. Sez. di questa Corte n. 11504 del 2017; ciò, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte dall'ex coniuge obbligato, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'ex coniuge beneficiario.

Cass., sez. I, 22 giugno 2017, n. 15481, Pres. Di Palma - Est. Genovese

Procedimento di revoca dell'amministratore di condominio – Difesa tecnica – Necessità – Esclusione

Nel giudizio di revoca dell'amministratore di condominio non è richiesto il patrocinio di un difensore legalmente esercente, trattandosi di un procedimento camerale plurilaterale tipico, che culmina in un provvedimento privo di efficacia decisoria, siccome non incidente su situazioni sostanziali di diritti o "status".

Cass., sez. VI, 23 giugno 2017, n. 15706 (ordinanza), Pres. Manna - Est. Scarpa

Risarcimenti punitivi – Ontologica compatibilità con l'ordinamento italiano – Sussistenza – riconoscibilità di una sentenza straniera recante una siffatta pronuncia – Condizioni – Principio reso ex art. 363, comma 3, c.p.c.

Le Sezioni Unite, decidendo la corrispondente questione ritenuta di massima di particolare importanza, hanno affermato, avvalendosi del disposto dell'art. 363, comma 3, c.p.c., che, nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, Pres. Rordorf - Est. D'Ascola

Titoli depositati su conto bancario del donante – Trasferimento, giusta ordine impartito alla banca, da tale conto a quello del donatario – Donazione tipica ad esecuzione indiretta – Configurabilità – Conseguenze

Le Sezioni Unite, decidendo la corrispondente questione, ritenuta oggetto di orientamenti giurisprudenziali non uniformi oltre che di particolare rilevanza, hanno stabilito che il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta; ne deriva che la stabilità dell'attribuzione patrimoniale presuppone la stipulazione dell'atto pubblico di donazione tra beneficiante e beneficiario, salvo che ricorra l'ipotesi della donazione di modico valore.

Cass., sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, Pres. Rordorf - Est. Giusti

Mediazione atipica – caratteristiche – art. 2, comma 4, della L. n. 39 del 1989 – Applicabilità – condizione – Attività svolta, in mancanza di quest'ultima, da persona non iscritta al ruolo dei mediatori – Diritto alla provvigione – Esclusione

Le Sezioni Unite, componendo il corrispondente contrasto, hanno ritenuto configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cd. atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (cd. mediazione unilaterale), sussistente allorquando, volendo concludere un singolo affare, una parte incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di un persona interessata alla relativa conclusione a determinate, prestabilite condizioni, e rientrante, proprio per il suo estrinsecarsi in attività di intermediazione, nell'ambito di applicabilità dell'art. 2, comma 4, della l. n. 39 del 1989, disciplinante anche ipotesi atipiche di mediazione per il caso in cui oggetto dell'affare siano beni immobili o aziende. Ove oggetto dell'affare siano altre tipologie di beni – e segnatamente beni mobili – l'obbligo di iscrizione sussiste solo per chi svolga la detta attività in modo non occasionale e quindi professionale o continuativo, ed in siffatta ipotesi, anche per l'esercizio di questa attività è richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione di cui al menzionato art. 2 della citata l. n. 39 del 1989 (ora, a seguito dell'abrogazione del ruolo dei mediatori, la dichiarazione di inizio di attività alla Camera di commercio, ai sensi dell'art. 73 del d.lgs. n. 59 del 2010), sicchè il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ex art. 6 della stessa legge, il diritto alla provvigione.

Cass., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, Pres. Canzio - Est. Petitti

Lesione della quota di riserva – Azione di riduzione proposta dal legittimario, destinatario di legato in sostituzione di legittima – Rinuncia al legato – Necessità – Termine finale

Il legittimario che sia destinatario di un legato in sostituzione di legittima ed intenda esercitare l'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota spettante gli "ex lege" deve rinunciare al legato e tale onere, concretandosi in una condizione dell'azione, può essere assolto fino al momento della decisione.

Cass., sez. II, 4 agosto 2017, n. 19646 (ordinanza), Pres. Bianchini - Est. Federico

a cura di
 Antonio De Simone
 Avvocato
 Fabrizia Abbate
 Praticante avvocato

Rassegna di merito

ANATOCISMO POST 2014: la normativa previgente resta applicabile sino alla delibera attuativa CICR del 2016

La disposizione di cui all'art 120 TUB così come novellato dalla l. 147/2013, non è efficace a partire dal 1 ° gennaio 2014, in quanto la sua applicabilità è differita all'emanazione della relativa disciplina attuativa da parte del CICR.

Stante il tenore letterale della norma, è chiaro che il legislatore ha introdotto un divieto di anatocismo regolamentato in quanto ha affidato espressamente al competente comitato interministeriale l'adozione di una delibera che disciplina modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, sicché l'iter legislativo non poteva intendersi completato, se non all'esito dell'emanazione della normativa secondaria riservata ad una successiva delibera del CICR.

Inoltre, posto che ai sensi dell'art. 161, comma 5 TUB, le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano a essere applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi dello stesso D.lgs n. 385/1993, è evidente che la delibera CICR 9 febbraio 2000 ha continuato a trovare applicazione ed a regolare la materia fino alla sua sostituzione con la delibera CICR del 3/8/2016, emanato in attuazione dei principi dettati dall'art. 120, comma 2, TUB, come modificato ad opera dell'art. 17 bis d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito nella legge 8 aprile 2016 n. 49, che ha anch'esso attribuito al CICR il potere di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria.

Per un'operatività differita della disposizione citata milita anche una ragione pratica, atteso che l'art. 120, comma 2, TUB era privo di qualsiasi indicazione circa le modalità ed i criteri per regolare i tempi e modalità del pagamento degli interessi, nelle diverse tipologie di contratti bancari, cosicché gli istituti di credito non avrebbero avuto alcun parametro per regolare la capitalizzazione degli interessi.

Trib. Cuneo, 14 luglio 2017, Giud. M. Macca

CESSAZIONE MATERIA DEL CONTENDERE: è necessario che il fatto nuovo sia successivo a proposizione domanda

Per la declaratoria di cessazione della materia del contendere è necessario che il fatto nuovo sia successivo alla proposizione della domanda, che esso determini l'integrale eliminazione della materia della lite e che vi sia accordo tra le parti sul venir meno di ogni residuo motivo di contrasto.

Trib. Trani, 22 maggio 2017, Giud. E. Di Molfetta

CITAZIONE: una domanda introduttiva articolata in complessive 72 pagine dichiarata nulla

La citazione introduttiva di una causa civile non è un atto a contenuto libero, dovendo soddisfare – oltre a generali canoni di adeguatezza, logicità e comprensibilità – gli specifici requisiti fissati dall'art. 163 c.p.c., a pena di nullità sanzionata dall'art. 164 c.p.c.

L'atto di citazione, sia nella parte espositiva, sia nelle conclusioni, non deve eccedere, né sviare dalla chiara individuazione e selezione degli elementi integranti i requisiti indicati ai nn. 3-4 dall'art. 163, co. 3, c.p.c. posto che difese evidentemente prive di utilità in senso tecnico-processuale nella fase dell'introduzione della causa, ovvero sfinite di un sottostante interesse ad agire meritevole di tutela, determinano l'oggettiva impossibilità per la controparte e per il giudice di individuare con precisione e senza incertezze il thema decidendum.

Trib. Bari, 19 luglio 2017, Giud. A. Ruffino

INDEBITO: ammissibile l'eccezione di prescrizione senza indicazione delle singole rimesse solutorie

In tema di ripetizione di indebito, ove la Banca eccepisca la prescrizione del diritto alla ripetizione delle somme, la mancata individuazione da parte dell'Istituto creditizio delle specifiche rimesse solutorie non è causa di invalidità della stessa, in quanto l'eccezione di prescrizione pur richiedendo l'individuazione del diritto che ne costituisce l'oggetto, non necessita anche dell'elencazione analitica dei singoli elementi che lo costituiscono, ove detti elementi, rilevanti ex art. 2935 c.c., possano comunque desumersi dal complesso degli atti, dall'esito dell'istruttoria processuale e dalle discussioni tra le parti sulle questioni determinanti della causa.

In materia di restituzione di indebito, il criterio legale d'imputazione dei pagamenti postula la contemporanea liquidità e l'esigibilità delle somme dovute a titolo di capitale e di quelle dovute a titolo di interessi, e sebbene tale requisito non riscontrabile ordinariamente nel rapporto di conto corrente, è tuttavia presente nel caso in cui il correntista abbia effettuato versamenti o su conto in passivo a cui non acceda un'apertura di credito o, se al c./c. acceda un'apertura di credito ex art. 1842 c.c., in quanto, essendo tali versamenti destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'affidamento il credito per scoperto di conto o extra-fido è, oltretutto sicuramente liquido, anche immediatamente esigibile.

La natura, solutoria o ripristinatoria delle rimesse bancarie deve essere individuata non limitatamente al singolo trimestre dell'intervenuto versamento, ma anche in riferimento all'intero saldo passivo risultante nei trimestri precedenti; inoltre, in virtù del principio ex art. 821 cc. co.3 in quanto non implica un mutamento della struttura unitaria del contratto di conto corrente deve ritenersi che le rimesse debbano essere imputate a tutti gli interessi maturati nel trimestre in cui è incorso il pagamento.

Corte D'Appello di Milano, 26 aprile 2017, Pres. Santosuosso - Rel. Bonaretti

LEASING: ampliamento immobile non consente a utilizzatore pretese su addizioni comportanti maggior valore del bene

L'ampliamento di superficie di un immobile in costruendo oggetto di locazione finanziaria, da parte dell'utilizzatore, non consente a quest'ultimo in difetto del preventivo consenso scritto della concedente, alcuna pretesa in ordine alle addizioni eventualmente comportanti un maggior valore del bene.

Opponibile anche alla curatela del fallimento successivamente intervenuto dello stesso utilizzatore, il dettato contrattuale di riferimento.

Trib. Macerata, 25 maggio 2017, Giud. C. Ascoli

MUTUO IPOTECARIO: notaio condannato per mancata continuità trascrizioni ultraventennali

L'inosservanza degli obblighi di verifica delle trascrizioni ultraventennali dà luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento del contratto di prestazione d'opera professionale a carico del NOTAIO, a nulla rilevando che la legge professionale non faccia riferimento a tale responsabilità, posto che essa si fonda sul contratto di prestazione d'opera professionale e sulle norme che disciplinano tale rapporto privatistico.

In materia di trasferimenti immobiliari il NOTAIO ha il dovere di eseguire innanzitutto "accertamenti preliminari" finalizzati alla disamina della situazione giuridica dell'immobile che si intende acquistare, in considerazione della strumentalità delle visure catastali o ipotecarie ultraventennali posto che l'inosservanza dell'obbligo di accertamento, o anche una condotta superficiale – negligente da parte del NOTAIO origina una fonte di responsabilità, laddove tale comportamento rende gli eventuali atti successivamente disposti inidonei al perseguimento dello scopo per cui sono preposti.

Il NOTAIO è tenuto ad una prestazione qualificabile come di mezzi e non di risultato, sicché la sua opera non può ridursi al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione della compilazione dell'atto, ma si estende a quelle attività preparatorie e successive, necessarie perché sia assicurata la serietà e certezza dell'atto giuridico da rogarsi ed in particolare la sua attitudine ad assicurare il conseguimento dello scopo tipico di esso e del risultato pratico voluto dalle parti dell'atto. Pertanto, l'inosservanza di detti obblighi dà luogo a responsabilità contrattuale essendo parimenti esclusa la possibilità di eseguire un mero esame approssimativo di precedenti atti notarili rogati.

Trib. Napoli, 29 gennaio 2016, Giud. A. La Marca

MUTUO – AMMORTAMENTO ALLA FRANCESE: non integra fenomeno anatocistico vietato ex legge 108/96

Il sistema di rimborso del prestito progressivo – o alla francese – è lecito in quanto la modalità di calcolo previsto per la rata del mutuo, prevede che la rata di mutuo da corrispondere nella periodicità convenuta sia sempre costante, ovvero preveda sempre lo stesso importo, consentendo al mutuatario la massima pianificazione nel tempo dell'onere che con il mutuo si è addossato.

È esclusa la produzione di interessi anatocistici in quanto la quota interessi è calcolata solamente sul debito residuo (sul capitale) al momento del conteggio mentre solo sul debito residuo si calcolano gli interessi da pagare con la rata

successiva, infatti ogni rata determina unicamente il pagamento degli interessi dovuti per il periodo in cui la rata stessa si riferisce, e solo la rata pagata sulla quota capitale si presenta all'inizio assai bassa e poi cresce, quale effetto matematico dell'importo costante della rata.

Trib. Avellino, 31 luglio 2017, Giud. M. C. Rizzi

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

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

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

La commissione di anticipata estinzione del mutuo, integrando un onere meramente eventuale, destinato a generarsi solo a seguito dell'esercizio di una facoltà concessa al cliente, non costituisce una forma di remunerazione collegata all'erogazione del credito, sicché, al pari degli interessi moratori, non può concorrere a determinare il tasso effettivo globale della singola operazione di finanziamento.

Trib. Salerno, 05 giugno 2017, Giud. A. Brancaccio

ORDINE ESIBIZIONE: inammissibile istanza ex 210 cpc per estratti conto mai chiesti dal correntista

L'istanza formulata ex art. 210 c.p.c., non può essere accolta con riferimento agli estratti conto mai richiesti in precedenza dal correntista, che pure ne aveva titolo e diritto, in quanto tale comportamento integra un'ipotesi di inerzia non colmabile dal successivo provvedimento del giudice.

In relazione al disposto dell'art. 210 c.p.c. non può essere ordinata l'esibizione in giudizio di un documento di una parte o di un terzo, allorché l'interessato può di propria iniziativa acquisirne una copia e produrla in causa, né può pretendersi che a tale carenza probatoria possa sopperire il CTU nell'ambito del proprio incarico, non trattandosi di documenti "necessari per lo svolgimento dell'incarico" bensì di documenti comprovanti il diritto fatto valere, costituiti appunto del "substrato di fatto" su cui avrebbe operato il CTU, e come tali sottoposti alla rigida regola dell'onere probatorio.

Trib. Pavia, 29 settembre 2016, Giud. P. Balduzzi

OPPOSIZIONE DECRETO INGIUNTIVO: l'istanza di mediazione non è condizione di procedibilità della domanda monitoria

A norma dell'art. 5 co. 4 d. lgs. 28/10, nei procedimenti monitori, la mediazione non è condizione di procedibilità della domanda, fino all'adozione dei provvedimenti sulla concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo.

In caso di opposizione a decreto ingiuntivo, l'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto deve essere sorretta dal fumus e dal periculum, orbene, l'opponente che richieda detta sospensione, deve dare prova anche della possibilità che la BANCA non sia poi in grado di restituire quanto in ipotesi riscosso, in pendenza di giudizio.

Trib. Napoli, 16 giugno 2017, Giud. M. Sacchi

REVOCATORIA: ammissibile in ipotesi di bene costituito in fondo patrimoniale non revocato

La vendita di un bene costituito in fondo patrimoniale non revocato è irrilevante ai fini della l'azione revocatoria, la quale è assolutamente ammissibile.

In tema di inefficacia ex art. 2901 c.c. al fine di poter ritenere integrato il requisito del consilium fraudis in capo al terzo non occorre che quest'ultimo abbia avuto particolarmente presente il creditore che agisce in revocatoria, essendo invece sufficiente la previsione dell'insolvenza, la quale, per suo solito, colpisce tutti i creditori.

Trib. Avellino, 12 luglio 2017, Giud. R. Califano

RIMBORSO ONERI: esclusa la ripetizione premio assicurativo per contatti conclusi ante L.221/2012

Nel contratto di cessione del quinto dello stipendio, in conformità alla disciplina dettata dalla legge 221/2012, si dispone che alcun effetto può dispiegare la norma di cui al co. 15 septies dell'art. 22 dl. 179/2012 per i rapporti già conclusi all'entrata in vigore del suddetto decreto, posto che ragionando altrimenti, si cadrebbe nell'assurdo di concepire la possibilità di intervenire, aggiornandoli, su contratti le cui obbligazioni sono state completamente eseguite e che hanno esaurito i propri effetti.

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 novembre 2016, Giud. M. Pugliese

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

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

Trib. Salerno, 18 luglio 2017, Giud. G. Jachia

USURA: sette motivi per escludere gli interessi moratori dalla verifica del tasso soglia

PRIMO PROFILO *La disciplina degli interessi usurari non deve trovare applicazione con riferimento agli interessi moratori, in ragione, tra l'altro, della diversità ontologica dei due tassi di interesse: gli uni aventi funzione remuneratoria, gli altri avente funzione tipicamente risarcitoria.*

SECONDO PROFILO *L'art. 644, 1° comma, c.p., inequivocabilmente stabilisce che possano essere usurari gli interessi dati o promessi «in corrispettivo di una prestazione di denaro o di ogni altra utilità», ossia quegli interessi che si qualificano appunto come corrispettivi, in quanto costituiscono la prestazione sinallagmatica della dazione di una somma di denaro da parte del mutuante e del suo passaggio in proprietà del mutuatario.*

TERZO PROFILO *Gli interessi cui fa riferimento l'art. 1815 co. 2 c.c. sono quelli corrispettivi, come si evince dal co. 1 della disposizione in esame e dall'art. 1814 c.c..*

QUARTO PROFILO *La direttiva direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, prevede che «al fine di calcolare il tasso annuo effettivo globale, si determina il costo totale del credito al consumatore, ad eccezione di eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti nel contratto di credito e delle spese, diverse dal prezzo d'acquisto, che competono al consumatore all'atto dell'acquisto, in contanti o a credito, di merci o di servizi.*

QUINTO PROFILO *Gli interessi moratori sono espressamente esclusi dal calcolo del TEGM. Infatti, le istruzioni della Banca d'Italia (al paragrafo C4, "Trattamento degli oneri e delle spese") prevedono quali oneri sostenuti dal cliente debbano essere inclusi nella base di calcolo. Espressamente esclusi, per quanto qui rileva, sono "gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo".*

Collabora con Noi

SESTO PROFILO *Non computare gli interessi moratori ai fini del TEGM e computarli ai fini del TEG significa andare contro la ratio del sistema: infatti, tenendo bassi i tassi soglia, senza considerare gli aspetti patologici, si renderebbe ro antieconomici alcuni servizi di finanziamento che non sarebbero più gestiti dagli istituti bancari con la conseguenza di escludere dal finanziamento bancario una fascia rilevante di imprenditori a rischio di insolvenza, spingendoli verso l'usura criminale.*

SETTIMO PROFILO *Recentemente il D.L. n. 132 del 2014, convertito con la L. n. 162 del 10 novembre 2014, ha introdotto la previsione di un interesse legale di mora (per l'ipotesi di assenza di una specifica convenzione tra le parti sul punto), parametrato con rinvio al tasso di interesse legale per le transazioni commerciali di cui al D.Lgs. n. 231 del 2002, che è un tasso che per diverse operazioni è risultato superiore al c.d. tasso soglia (così come argomentato da parte convenuta e non contestato da parte attrice). E così, si è osservato che, se "si dovesse opinare per l'ammissibilità di un raffronto degli interessi moratori con il Tasso Soglia attualmente disponibile, arriveremmo alla conclusione paradossale e per evidenti ragioni non condivisibile, per cui il tasso di interesse moratorio previsto dallo stesso legislatore risulterebbe usurario per una molteplicità di contratti, con l'effetto di qualificare come illegittimo un tasso di interesse imposto dal legislatore. Ciò che non sarebbe in ipotesi consentito alle parti (stabilire convenzionalmente interessi moratori "sopra-soglia") risulterebbe, invece, oggetto addirittura di un obbligo (a carico del debitore moroso) previsto dallo stesso legislatore.*

Trib. Savona, 20 febbraio 2017, Giud. F. Pelosi

USURA MUTUO: tesi sommativa tra interessi corrispettivi e moratori integra lite temeraria ex art. 96 cpc

Ai fini della verifica dell'eventuale superamento del tasso soglia, non possono essere computati sia gli interessi corrispettivi che gli interessi moratori stante la diversità ontologica e funzionale di tali interessi, posto che, da un lato, i corrispettivi sono destinati fisiologicamente a remunerare il denaro dato in prestito, mentre quelli di mora, hanno la funzione di remunerare forfettariamente l'istituto di credito del danno subito per effetto del ritardo e/o mancato pagamento delle rate e sono, pertanto, dovuti, nella sola fase "patologica" del contratto. Gli interessi di mora, pertanto, difettano del carattere di corrispettività richiamato dall'art. 644 c.p.

In caso di evidente strumentalità della pretesa azionata in giudizio, comprovata dalla totale e manifesta infondatezza delle argomentazioni svolte, fondate su allegazioni in parte generiche e, comunque, contrarie rispetto all'indirizzo prevalente della giurisprudenza di merito, l'attore deve essere condannato al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c., liquidato, in via equitativa, tenuto conto dell'oggetto della causa, delle difese svolte dalle parti.

Trib. Brescia, 13 giugno 2017, Giud. M. Mangosi

Diritto e procedura penale

PRINCIPI ORDINATORI IN MATERIA DI AUTODIFESA DEL DIRITTO: L'ART. 52 C.P.	680
di Valentina Picone	
BANCAROTTA FRAUDOLENTA NEL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE E MOMENTO DI ATTIVAZIONE DELLA GIURISDIZIONE PENALE. <i>Nota a Cassazione Penale, Sezione V, 6 ottobre 2016, n. 50675</i>	686
di Alfonso Laudonia	
L'EVENTUALE NATURA SESSUALE DEL BACIO SULLA GUANCIA: UNA NUOVA PROSPETTIVA DAL GIUDICE DELLA NOMOFILACHIA. <i>Nota a Cassazione Penale, Sezione III, 5 maggio 2016, n. 18679</i>	698
di Sisto Macchiarelli	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	705
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	710
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	714
a cura di Giuseppina Marotta	



Principi ordinatori in materia di autodifesa del diritto: l'art. 52 c.p.

abstract

Social change has always influenced the judgment on the efficiency of art. 52 penal code, as a cause of justification on which the authoritative principles of substantive nature are pending in order to resolve social conflicts. The 2006 reform did not meet the criminal justice instances that responded with another self-defense law project to rigorous hermeneutic solutions. After a brief analysis of l.g. no 2816 and dealing with the assumptions of ordinary and expanded self-defense, it will be highlighted the ratio and limits, in order to demonstrate that any legislative choice on the law self-defense requires respect for the penal law fundamental principles of a state of law (Rechtsstaat).

keywords

Self-defense – Currentity of danger – Putative self-defense – Excess of self-defense – Proportion – Increased self-defense – Limits.

abstract

La dinamica dei mutamenti sociali ha, da sempre, suggestionato il giudizio sull'efficienza dell'art. 52 c.p., causa di giustificazione sulla quale pendono i principi ordinatori di natura sostanziale per risolvere conflitti sociali. L'intervento riformatore del 2006, non ha soddisfatto le istanze di politica criminale che, dinanzi a soluzioni ermeneutiche rigorose, si sono tradotte in un ennesimo progetto di riforma sulla legittima difesa. Dopo una breve analisi sul DDL.S. 2816, si ripercorreranno i presupposti dell'autodifesa ordinaria ed allargata, evidenziandone ratio e limiti, per dimostrare che qualsiasi scelta normativa sull'(auto)difesa del diritto, esige il rispetto di principi fondamentali, propri di uno stato di diritto.

parole chiave

Legittima difesa – Attualità del pericolo – Legittima difesa putativa – Eccesso di legittima difesa – Proporzionalità – Autodifesa allargata – Limiti.

sommario

Premessa. – 1. *De iure condendo*, DDL.S. 2816. – 2. Autotutela ordinaria: presupposti e fonte del pericolo. – 3. Attualità del pericolo. – 4. Il giudizio di proporzionalità tra legittima difesa putativa ed eccesso. – 5. Legittima difesa "allargata": limiti oggettivi e spaziali. – 6.

La c.d. "presunzione di proporzionalità" nell'autodifesa domiciliare. – 7. Considerazioni conclusive.

Premessa

La legittima difesa è una regola universalmente conosciuta, che sostiene il piano della reciproca tolleranza nelle relazioni tra individui; per cui è lecito «uccidere un uomo a buon diritto¹», reagire con violenza alla violenza secondo il Digesto Giustiniano, conservare la propria esistenza² nella società *homo homini lupus*. Come regola di diritto, trova spazio nei codici preunitari tra le ipotesi di esclusione di punibilità (nei reati di omicidio, ferite e percosse)³, nel codice Zanardelli, all'art. 49, ipotesi di esclusione di punibilità generale per respingere da sé o da altri una violenza attuale e ingiusta ovvero in difesa dei propri beni (nei reati di saccheggio, rapina, estorsione o ricatto); fino al Codice Rocco che, in chiave autoritaria, codifica la legittima difesa come causa di esclusione della antigiuridicità. La prevalenza del bene giuridico dell'agredito rispetto a quello dell'aggressore diventa dogma, ma il progredire degli ordinamenti impone di avocare «alle Autorità costituite nello Stato il mantenimento della pace sociale, assicurando a ciascuno ciò che gli spetta»⁴. Il fascino della carica innovativa della Costituzione farà rivivere, in chiave democratica, i principi ordinatori sull'esimente, fino a quando, i mutamenti sociali e l'aumento della criminalità predatoria negli anni 2000, condurrà il legislatore (l. n. 59 del 2006) a rimodulare i criteri di valutazione sulla proporzionalità; tuttavia, la legittima difesa domiciliare rimarrà imbrigliata nella

¹ Il riferimento è a Cicerone, *Pro Milone*, IV, trad. 1951, p. 10.; cfr., VARVARO, *Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone*. Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo, Torino, 2013, p. 217.

² Il riferimento è a Tommaso D'Aquino; si rinvia a PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso D'Aquino*, Bologna, 2000, *passim*.

³ Codice penale sardo del 1859, Codice del Regno delle due Sicilie del 1919, Codice parmense del 1921, mentre il Codice penale Toscano del 1930 riconosceva l'esimente nel quadro della mancanza di coscienza dei propri atti e libertà di azione. SANTANGELO CORDIANI, *Alla vigilia del Codice Zanardelli: Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano, 2008, p. 123.

⁴ Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto. Lavori preparatori al codice penale e al codice di procedura penale, vol. V, Parte I Relazione sul libro I del Progetto, Roma, 1930.

forbice della c.d. presunzione legale di proporzione tra difesa e offesa e dalla *probatio diabolica* della desistenza e dal pericolo di aggressione. A ciò si aggiunga, il fallimento in chiave general-preventiva: i furti in abitazione raddoppieranno (dall'8, 5 per 1.000 del 2004 al 17,9 per 1.000 del 2013), con una crescita vertiginosa nel 2009⁵.

1. *De iure condendo*, DDL.S. 2816

Il 4 maggio 2017 è stata approvata (in prima lettura) il DDL.S. 2816 sulla modifica degli artt. 52 e 59 c.p. La *ratio* riformatrice richiama la giurisprudenza successiva alla l. n. 59 del 2006 che ha dimostrato che la presunzione legale sull'autodifesa allargata «non sia stata in grado di superare i rigorosi limiti di liceità della legittima difesa previsti dall'art. 52, co. 1 c.p.»⁶. Dopo il primo comma dell'art. 52 c.p., si prevede che la punibilità è esclusa – nei luoghi indicati ex 614, cc. 1 e 2 c.p. – quando la reazione a un'aggressione è «commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno». L'attuale secondo comma diventerebbe terzo comma, con il subentro del richiamo ai casi previsti dall'art. 614, cc. 1 e 2 c.p. con la sola ipotesi di cui al secondo comma. Nel quarto comma (vigente terzo comma), prevista la sostituzione delle parole «La disposizione di cui al secondo comma si applica» con le seguenti: «Le disposizioni di cui al secondo e al terzo comma si applicano».

I nuovi requisiti della presunzione legale⁷ riguarderebbero le modalità dell'ingresso abusivo, caratterizzato dal mancato riferimento sia all'uso delle armi legittimamente detenute che al rapporto di proporzionalità, ispirandosi al modello francese⁸. Confrontando le prospettive *de iure condendo* con l'attuale art. 52 c.p., unica novità sembrerebbe l'ipotesi del *fur nocturnus*, riassumata dal diritto romano⁹, ove si riteneva che se un ladro notturno irrompesse in una privata abitazione, portasse con sé un implicito pericolo; viceversa, per il ladro diurno si doveva provare l'intenzione di nuocere alle persone. Premesso che le circostanze di tempo e di luogo, possono sostenere un maggiore bagaglio di offensività dell'aggressione (cfr., minorata difesa), appare fuorviante, nell'era dell'incertezza del diritto, l'essimersi dal concepire una fattispecie determinata. Basti pensare che l'illustre Carrara, riferendosi alla legittima

difesa (in particolare, all'art. 560, Codice Sardo 1859), evidenziò che bisognava evitare paradossi: «e se io non possedessi un orologio? [...] se il giorno è così fosco che arieggia a notte [...] dovrò io essere responsabile di tali accidentalità mentre al rompersi improvviso dall'alto del mio sonno io credetti di essere nel colmo di una notte»¹⁰. Insomma, la mutevolezza dell'orologio biologico delle mensilità impone di considerare che il buio non è sempre indice «del tempo di notte» e che anche «in tempo di» giorno possono verificarsi le stesse condizioni di pericolo. Il rinvio ai primi due commi dell'art. 614 c.p., inoltre, richiamando l'ipotesi dell'intrattenimento, presupporrebbe un illogico e, alquanto bizzarro, invito ad entrare, successivamente revocato¹¹. Ne consegue che ogni reazione sarebbe lecita per il solo fatto che sia subita «in tempo di notte»; soluzione che non può trovare spazio nelle scelte di politica criminale di uno Stato membro dell'Unione Europea, obbligato a legiferare nei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», dove il ricorso alla forza, per assicurare la difesa di ogni persona dalla violenza illegale, deve essere assolutamente necessario (art. 2 CEDU). Invero, l'*incipit* dell'art. 1, lett. a) DDL.S. 2816 «Fermo quanto previsto al primo comma», non può che essere interpretato come «fermi i requisiti previsti al primo comma»; anziché ampliare l'invocabilità dell'esimente si realizzerebbe l'effetto opposto, poiché ogni aggressione domiciliare dovrebbe sottostare ai criteri generali della legittima difesa;¹² analoghe considerazioni per la precisione secondo cui gli attuali commi secondo e terzo dell'art. 52 c.p. troverebbero applicazione nei casi previsti dal (nuovo) secondo comma. L'altra ipotesi contemplata, riguarda l'introduzione con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno che, non pare un elemento così innovativo, in quanto si fa fatica a concepire qualsiasi aggressione che non possieda tali implicite caratteristiche¹³; si segnalano dubbi sul riferimento all'«inganno», in quanto la non consapevolezza dell'avvenuta intrusione da parte del titolare della libertà di domicilio, mal si concilia con un atteggiamento ingannatorio che presupporrebbe un confronto *de visu* con la vittima. La scelta, infine, di porre sullo stesso piano l'autotutela di beni giuridici diversi (persone – cose) è foriera di incertezze in quanto «non potrebbe ammettersi una riforma che legittimasse una reazione omicida diretta a difendere i beni materia-

⁵ Dati ISTAT. Sicurezza-BES 2015 in www.istat.it

⁶ Camera dei Deputati. Dossier n. 533/1. Modifica all'articolo 59 del codice penale, in materia di legittima difesa A.C. 3785-A, 13 aprile 2017.

⁷ Camera dei Deputati. Dossier n. 370 - Schede di lettura 12 novembre 2015. Modifica dell'art. 52 del codice penale, in materia di legittima difesa A.C. 2892 Dossier n. 370, 12 novembre 2015.

⁸ Camera dei Deputati. AA. CC. nn. 2892, 3384. La disciplina della legittima difesa nei principali paesi europei. Note informative sintetiche, nn. 22-23 novembre 2015.

⁹ TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Torino, 2013, p. 306.

¹⁰ CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, II ed., Torino, 1882, pp. 123-124.

¹¹ CARINGELLA - DE PALMA - FARINI - TRINCI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2013, p.1092.

¹² MAZZANTI, *Il Legislatore, il giudice e l'allodola. Qualche parola (di troppo?) sulla proposta di riforma della legittima difesa*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 5.

¹³ La minaccia quanto meno presuppone la prospettazione di un male ingiusto e che la vittima venga messa con le spalle al muro perché oggetto di un sopruso e costretta ad agire, in assenza di alternative. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, p. 221 s.

li senza che vi sia anche violenza o pericolo di violenza alla persona¹⁴». Per superare le inefficienze dell'attuale normazione, il secondo comma dell'art. 1 dell'DDL S. 2816, prevede che le modifiche dell'art. 52 c.p. vengano integrate dall'art. 59 c.p.¹⁵. Il tema è quello delle c.d. scriminanti putative, cause di giustificazione erroneamente ritenute sussistenti ovvero di consistenza maggiore rispetto a quella reale, un tema «complementare alla legittima difesa¹⁶». Con l'introduzione dell'ultimo comma all'art. 59 c.p. si stabilisce che, nella legittima difesa domiciliare, «la colpa dell'agente è sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica o per la libertà personale o sessuale». Posto che l'errore di fatto circa la situazione di pericolo viene associato ad un grave turbamento psichico, la difficoltà maggiore sarebbe non solo mutuarlo a seconda del grado di emotività dell'agredito, ma rendere conciliabile l'attualità del pericolo con una realtà di pericolo inesistente. La Commissione Giustizia, sul punto, si è espressa ritenendo che l'obiettivo della riforma non può spingersi fino ad escludere l'intervento del giudice¹⁷, preferendo, probabilmente, l'utilizzo dell'istituto dell'eccesso *ex art.* 55 c.p. Si segnala, infine, una frizione semantica nel richiamo all'art. 52, cc. 2 e 3, c.p., ove si contemplano casi non previsti prima dalla norma ma ridondanti: «la libertà personale o sessuale». L'art. 2 DDL S. 2816, infine, dispone che «l'onorario e le spese spettanti al difensore della persona dichiarata non punibile per aver commesso il fatto per legittima difesa o per stato di necessità sono a carico dello Stato»; l'obiettivo è quello di non volere aggiungere alla vittima di un'aggressione la beffa di pagare le spese processuali, mettendo anche un freno alla legislazione delle Regioni¹⁸.

2. Autotutela ordinaria: presupposti e fonte del pericolo

L'art. 52, co. 1, c.p. assurge a strumento di tutela anticipata per il privato¹⁹ che si trovi dinanzi ad

un'aggressione ingiusta che determina una situazione cogente²⁰ di conservazione di un «diritto²¹ proprio od altrui²²», sia di carattere personale che patrimoniale²³. L'operatività della scriminante, sotto il profilo penale e sostanziale, priva il fatto di offensività: vi sarà un'offesa materiale (quella dell'agredito) ma non un'offesa in senso giuridico. Come deroga al monopolio dello Stato nell'uso della forza, l'autodifesa è di «stretta interpretazione²⁴», per cui l'inciso «costretto dalla necessità» obbliga l'individuo a (re)agire nell'impossibilità di qualsiasi altra scelta. Superati gli arcaici retaggi della *turpis fuga*²⁵, la valutazione circa l'ipotesi del *commodus discessus* ovvero di chi, avendo la possibilità di fuggire dinanzi ad un'offesa ingiusta preferisca reagire, va effettuata nel raffronto tra gli interessi contrapposti; *ergo*, la fuga non è necessaria né possibile, tutte le volte in cui da questa scaturirebbe un'offesa maggiore ai beni tutelari dalla norma, rispetto alla reazione legittima. Fonte di pericolo può essere una condotta umana attiva ma anche omissiva, come l'impedimento di un evento lesivo, la violazione del dovere giuridico di rimuovere un pericolo incombente²⁶; l'aggressione, in via potenziale, può scaturire anche da animali ma solo se riferita ad un soggetto tenuto ad esercitare su di essi una vigilanza²⁷; preferibile appare, in questi casi, invocare l'esimente *ex art.* 54 c.p.²⁸. Non può dirsi giustificata la reazione di chi si opponga «ad una situazione di pericolo alla cui

denza, Roma, 2017.

²⁰ PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2013, *passim*.

²¹ Si discute in merito all'applicabilità dell'esimente a tutela dei diritti di credito, come nel caso dell'avventore di un ristorante che si allontani non pagando. PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della legittima difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 706. Parte della dottrina è contraria a tale impostazione in quanto inammissibile deroga al monopolio dell'uso della forza da parte dello Stato. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Giuffrè, 2008, p. 26.

²² La scriminante è ammessa anche a tutela di un diritto altrui; in tal caso si parla di soccorso difensivo. Tale evenienza è facoltativa e si differenzia dalle ipotesi *ex art.* 593 c.p. in presenza delle quali scatta invece l'obbligo giuridico.

²³ La giurisprudenza ha precisato i contorni di operatività dell'esimente fino a comprendervi anche i cosiddetti diritti di servitù che possono essere oggetto di autotutela privata quando il titolare subisca un'ingiustificata offesa caratterizzata da spoglio o turbativa nel godimento del proprio diritto. G. LATTANZI, *Codice penale*, Giuffrè editore, 2008.

²⁴ Corte eur. dir. uomo, 25 agosto 2009 – Ric. n. 23458/02 - Giuliani e Gaggio c. Italia, in *www.giustizia.it*

²⁵ GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, p.785.

²⁶ Di diverso avviso parte della dottrina che nega la possibilità di difendersi da un omissione; PANNAIN, *Manuale di diritto penale parte generale*, Torino, 1967, p. 740; BROCCA – MINGRONE, *La legittima difesa*, in *Enciclopedia. Diritto Penale*, Padova, 2003, p. 36.

²⁷ GUERRIERI, *Studi monografici di diritto penale. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Milano, 2007, p. 198.

²⁸ Cass., 28 novembre 2016, n. 50329, in *www.dirittoegiustizia.it*

¹⁴ Audizione dei rappresentanti dell'ANM. Commissione giustizia della camera dei deputati, Roma, 04 febbraio 2016.

¹⁵ TRINCHERA, *Approvata dalla camera una proposta di riforma in materia di legittima difesa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 maggio 2017.

¹⁶ Camera dei Deputati. Dossier n 533/1., *cit*.

¹⁷ Modifica all'art.52 del codice penale in materia di legittima difesa. DDL N. 2892-A. Relazione della II commissione permanente (Giustizia), 3 marzo 2016.

¹⁸ La Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo la l. n. 7 del 2016 (Regione Veneto) con la quale si riconosceva il gratuito patrocinio in favore delle vittime di determinati delitti tra cui furto in abitazione. Corte Cost., 13 aprile 2017, n. 81, in *www.eius.it*

¹⁹ Non trovano spazio né le situazioni giuridiche che si riferiscono ad interessi dello Stato come gli interessi diffusi e/o collettivi, né tanto meno semplici situazioni di fatto dalle quali un privato possa trarre beneficio o utilità. Cass., 3 marzo 2000, n. 2692, in art. 52 c.p., ALIBARDI, *Diritto penale commentato con la giurispru-*

determinazione egli stesso abbia concorso²⁹», di chi accetta una sfida che «comporta, per sua natura, un inevitabile pericolo per la propria incolumità personale, fronteggiabile solo con la lesione dell'incolumità altrui»³⁰; per quanto concerne l'ipotesi di una rissa occorre precisare che, il soggetto che tornando «sul luogo del fatto» reagisca³¹ non può dirsi giustificato, viceversa, «quando vi sia stata una reazione assolutamente imprevedibile e sproporzionata, ossia una offesa che, per essere diversa e più grave di quella accettata, si presenti del tutto nuova, autonoma ed in tal senso ingiusta³²», risulta legittimato. Non da ultimo, il pericolo deve essere correlato ad un'offesa ingiusta ovvero *contra ius*³³ (contraria alle norme dell'ordinamento o non autorizzata), *non iura*³⁴ (arrecata al di fuori di ogni giustificazione), volontaria, colposa, incolpevole, posta in essere da soggetti incapaci, immuni o in stato di necessità.

3. Attualità del pericolo

La reazione può essere giustificata solo in concomitanza ad una situazione di attualità di pericolo che va considerata in chiave cronologica, poiché non è possibile attendere l'intervento dell'Autorità, pena l'insuccesso della tutela del bene giuridico. Tale parametro è stato valutato come afferente a situazioni non solo statiche ma protratte nel tempo, fino ad ipotizzare la legittima difesa anticipata³⁵. L'orientamento recente è, invece, incentrato su un maggior vigore del pericolo che deve «consistere in una concreta minaccia già in corso di attuazione nel momento della reazione³⁶» ovvero «attuale ed imminente o, comunque, idoneo a fare sorgere nell'autore del fatto la ragionevole opinione di trovarsi in siffatto pericolo, non essendo all'uopo sufficiente un pericolo eventuale, futuro, meramente probabile o temuto»³⁷. Ne consegue che, nel caso di una reazione ad una difesa «passata», il soggetto è obbligato ad utilizzare strumenti istituzionali, all'opposto si sostituirebbe illecitamente allo Stato; analogamente, nella difesa «futura o anticipata³⁸», in quanto il momento iniziale dell'attualità coincide proprio con il passaggio

dalla fase preparatoria dell'offesa (cfr., aggressione) a quella esecutiva³⁹.

4. Il giudizio di proporzione tra legittima difesa putativa ed eccesso

L'esigenza di neutralizzare il pericolo – *punctum dolens* della norma – va valutata *ex ante* facendo riferimento a criteri non quantitativi ma qualitativi. Si tratta di un giudizio complesso⁴⁰ ma insito nello stesso requisito della necessità, implicante il dovere dell'agredito di utilizzare il mezzo meno lesivo possibile.⁴¹ Le principali difficoltà nascono dalla considerazione che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri⁴²». L'opera di bilanciamento cui è chiamato il giudice, scaturisce da uno scontro di interessi dove la proporzionalità è sorretta dai principi di offensività, sussidiarietà, colpevolezza e uguaglianza⁴³. Si tratta di un giudizio non assoluto ma elastico che coinvolge tutto l'impianto fenomenologico: l'entità del pericolo, il contenuto dell'offesa, la reazione⁴⁴. In un contrasto tra due soggetti con obiettiva differenza di stazza e forza, ad esempio, «l'uomo più debole ha diritto di difendersi anche con un arma⁴⁵». Sulla scorta del brocardo *adgreditus non habet staderam in manu*, è legittima la difesa che procuri un'offesa al limite della tollerabilità etica-sociale. Su questo aspetto s'inserisce la tematica della legittima difesa putativa, che trae le mosse dal classico esempio della reazione ad una minaccia derivante da una pistola che – a posteriori – risulti inoffensiva. Colui che agisce nell'erronea convinzione di doversi difendere da un pericolo di aggressione, non può rispondere a titolo di dolo (dove c'è errore sul fatto non può esserci volontà e coscienza di agire), ma eventualmente, a titolo di colpa (se previsto come delitto colposo), nel caso in cui l'aggressione era insussistente o tale da giustificare una reazione di quel tipo. L'errore scusabile può trovare giustificazione, però, solo se riferito a qualche fatto: la legittima difesa putativa postula i medesimi presupposti di cui all'art. 52 c.p., da cui si discosta «poiché la situazione di pericolo non esiste obiettivamente, ma è supposta dall'agente attraverso una erronea interpretazione dei fatti»⁴⁶. Escluse tali evenienze, la valutazione dei fatti, di norma, presuppone un giudizio di bilanciamento

²⁹ Il caso riguardava una lite scoppiata fra due giocatori dopo una partita di calcetto, per cui L. colpiva con due pugni P. nel momento in cui quest'ultimo era trattenuto dagli altri. Cass., 24 febbraio 2017, n. 9164, in www.dirittoeigiustizia.it

³⁰ Cass., 10 luglio 2013, n. 29481, in www.italgiure.it

³¹ Cass., 10 luglio 2013, n. 29481, in www.italgiure.it

³² Cass., 26 novembre 2012, n. 45969, in www.altalex.com

³³ L'offesa non necessariamente deve essere violenta ma può essere caratterizzata da una omissione (es., un soggetto che intralci l'ingresso davanti alla porta di casa).

³⁴ CARINGELLA - DE PALMA - FARINI - TRINCI, *op. cit.*, p. 1092.

³⁵ MESSINA - SPINNATO, *Diritto penale. Manuale breve*, Torino, 2010, passim.

³⁶ Cass., 10 ottobre 2013, n. 41879, in www.dirittoeigiustizia.it

³⁷ Cass., 9 febbraio 2016, n. 9911, *ivi*.

³⁸ Secondo alcuni, invece, sarebbe ammissibile la legittima difesa anticipata in cui l'offesa appaia un evento futuro ma certamente offensivo; MESSINA - SPINNATO, *Diritto penale. Manuale breve*, Milano, 2010, p. 186.

³⁹ PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale del patrimonio*. Vol. II, Torino, 2013, p. 265.

⁴⁰ RONCO, voce *Legittima Difesa*, in *Dig. Pen.*, 2008, p. 369.

⁴¹ GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Roma, 2012, p. 716.

⁴² Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in www.cortecostituzionale.it

⁴³ MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 758.

⁴⁴ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁵ Cass., 6 settembre 2016, n. 36987, www.neldiritto.it

⁴⁶ Cass. pen., sez. I, sent., 26 aprile 2016, n. 17121.

tra beni omogenei (es. bene della vita vs. bene della vita) ovvero eterogenei (es. bene della vita vs. bene patrimoniale⁴⁷), in quest'ultimo caso, si potrà far appello a criteri come la gerarchia del bene (su un piano costituzionale e del sistema giuridico) e l'entità della sanzione, sempre alla luce delle circostanze concrete⁴⁸. Dallo scontro tra beni giuridici non si richiede la prevalenza di uno sull'altro ovvero l'equivalenza nelle offese: l'agredito può ledere il bene giuridico dell'aggressore anche di rango superiore, sempreché il divario non sia eccessivo⁴⁹. La mancanza di proporzione, infatti, lascia la reazione dell'agredito nell'eccesso della legittima difesa *ex art. 55 c.p.* che «sottintende i presupposti della scriminante con il superamento dei limiti a quest'ultima collegati, sicché, per stabilire se nel fatto si siano ecceduti colposamente i limiti della difesa legittima, bisogna prima accertare la inadeguatezza della reazione difensiva, per l'eccesso nell'uso dei mezzi a disposizione dell'agredito in un preciso contesto spazio temporale e con valutazione *ex ante*, e occorre poi procedere ad un'ulteriore differenziazione tra eccesso dovuto ad errore di valutazione ed eccesso consapevole e volontario, dato che solo il primo rientra nello schema dell'eccesso colposo delineato dall'art. 55 c.p., mentre il secondo consiste in una scelta volontaria, la quale comporta il superamento doloso degli schemi della scriminante⁵⁰».

5. Legittima difesa "allargata": limiti oggettivi e spaziali

La legittima difesa domiciliare o allargata *ex art. 52, co. 2 e 3 c.p.* è, da sempre, al centro di vivaci scontri; si è parlato di licenza di uccidere⁵¹, legge *far west*⁵², rinuncia alla tutela della vita umana pur di vedere garantita la libertà domiciliare⁵³. L'orientamento consolidato dalla giurisprudenza di legittimità è quello di ritenere che si tratti di un'ipotesi speciale di legittima difesa e non una scriminante autonoma⁵⁴. Il richiamo ai «casi

previsti dall'art. 614, primo e secondo comma», delimita l'operatività dell'esimente in un contesto in cui un reato è già stato commesso o in corso di attuazione, ovvero una violazione di domicilio ove l'agente prosegue nella sua attività criminosa. La norma *de qua* si riferisce all'abitazione, altro luogo di privata dimora⁵⁵ o appartenenze, fino a comprendere ogni altro luogo che, pur non essendo destinato a casa di abitazione, venga usato in modo transitorio per lo svolgimento di un'attività personale domestica⁵⁶; analogamente, ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Se si esclude, infatti, che possa essere considerata privata dimora un'automobile ovvero un ristorante, salvo che il fatto non avvenga all'interno di un'area privata, ugualmente, l'abitacolo dell'autovettura⁵⁷ di un taxi potrebbe essere considerato luogo in cui venga esercitata un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale. La scriminante trova applicazione solo per i soggetti legittimamente presenti nei luoghi sopra indicati: proprietario e qualsiasi altro soggetto. Lo strumento utilizzato per la condotta difensiva può consistere in un'arma legittimamente detenuta⁵⁸ ovvero altro mezzo idoneo⁵⁹: è irrilevante se ad usare l'arma è il titolare ovvero altra persona legittimamente presente⁶⁰. La sussistenza dei requisiti appena richiamati vale a giustificare una reazione contro un'aggressione quando è in pericolo la propria o l'altrui incolumità (art. 52, co. 2, lett. a) c.p.), mentre quando l'offesa riguarda beni propri o altrui (art. 52, co. 2, lett. b) c.p.), la scriminante è subordinata alla presenza della non desistenza e del pericolo di aggressione. Sul concetto di pericolo, valgono le stesse considerazioni fatte in precedenza, per cui è opinione consolidata che vada ad identificarsi quanto meno nella probabilità – o rilevante possibilità – che dall'aggressione scaturisca altresì un evento lesivo a carico dell'agredito, in riferimento almeno all'incolumità fisica – se non necessariamente alla vita stessa – dell'agredito. Per quanto riguarda la

⁴⁷ La legittima difesa può essere applicata anche ai diritti patrimoniali, i quali possono essere difesi anche ricorrendo ad atti di violenza, purché sussista proporzione tra il danno che si potrebbe subire e la reazione posta in essere. Cass., 12 maggio 2003, n. 20727, in *www.altalex.com*.

⁴⁸ MARIO, *La legittima difesa e lo stato di necessità*, Vivalvi, 2014, p. 14.

⁴⁹ MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2012, p. 259.

⁵⁰ Cass., 26 febbraio 2015, n. 8566, in *www.dirittoegiustizia.it*.

⁵¹ DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *dir. pen. proc.*, 2006.

⁵² CADOPPI, *Diritto all'autotutela in un privato domicilio: la nuova legittima difesa. La difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata o "allargata"): molto fumo e poco arrostito*, in *dir. pen. proc.*, 2006.

⁵³ PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *dir. pen. proc.*, 2004.

⁵⁴ Le implicazioni sostanziali e processuali non sono di poco conto: considerandola un'ipotesi speciale di legittima difesa, ai fini della sua configurabilità dovranno sussistere (oltre ai requisiti di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p.) anche i requisiti di cui al comma 1, con la conseguenza che il giudice dovrà sempre accertare la sussistenza del pericolo attuale, dell'offesa ingiusta e della

inevitabilità della reazione difensiva. Cass., 25 febbraio 2014, n. 28802, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

⁵⁵ Luogo di privata dimora può essere un camper, roulotte, una stanza d'albergo e rispettive pertinenze (giardino, androni, pianerottoli, soglia di casa, cortile). GUERRINI, *Studi monografici di diritto penale. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Vilacavi, 2007, *passim*.

⁵⁶ Cass., sez. un., 23 marzo 2017, n. 652, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁵⁷ I luoghi disciplinati dall'art. 614 c.p. sono anche biblioteche, sedi di partito, circoli, studi, esclusi mezzi di trasporto e luoghi pubblici. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 435.

⁵⁸ VIGANÒ, *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.

⁵⁹ Coltelli, bottiglie, bastoni, mazze da baseball, qualsiasi arma bianca.

⁶⁰ FLORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico e il "vero" significato della norma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.

desistenza, si tratterebbe di un richiamo tanto approssimativo quanto implicito⁶¹; secondo altri, non può intendersi come una mera duplicazione del requisito dell'attualità del pericolo ma come un onere che grava sull'agredito che, prima di reagire, dovrà redarguire l'aggressore nel desistere dall'intento criminogeno; nel corso di un'aggressione contro un bene patrimoniale, quindi, deve sorgere un pericolo specifico d'aggressione, un *quid pluris* per definire proporzionata una reazione, diversamente da quanto accade per l'autotutela volta a protezione (solo) dell'incolumità personale o altrui⁶². Si segnala una frizione testuale lì dove, a differenza di quanto accade nel primo comma dell'art. 52 c.p., la locuzione «pericolo» non è accompagnata dall'inciso «attuale», pertanto, in via potenziale, si potrebbe concepire anche l'ipotesi in cui la condotta aggressiva contro il patrimonio perduri nel tempo, come nel caso del ladro che scappa con la refurtiva; sul punto, la Suprema Corte è orientata nel senso di non considerare la sussistenza di pericolo di aggressione quando l'aggressore si allontani, poiché ogni aggressione si ritiene ormai esaurita. L'assoluta necessità della reazione non c'è, se l'agredito avrebbe potuto porre in essere una condotta meno dannosa (come ad esempio, l'esplosione di un colpo in aria a scopo intimidatorio o indirizzato alle ruote dell'auto, piuttosto che scegliere di sparare al parabrezza dell'auto per colpire l'aggressore⁶³). Tale soluzione trova sostegno argomentativo nella posizione di quanti evidenziano che nell'ipotesi di cui alla lett. b), il pericolo d'aggressione non può dirsi (ancora) attuale ma collegato alla modalità di esecuzione del delitto contro i beni patrimoniali. La non desistenza necessita di persistente attualità dell'aggressione al patrimonio: se il ladro fugge abbandonando la refurtiva, c'è desistenza, al contrario, se il ladro si sia dato alla fuga con la refurtiva, l'aggressione ai beni patrimoniali è in corso; in ogni caso, mancherebbe l'ulteriore requisito del pericolo di aggressione alla vita e all'incolumità. La mancata desistenza dovrà, in sostanza, essere riferita ad un'aggressione attuale nei confronti dei beni patrimoniali, mentre il pericolo andrà valutato come probabilità di una aggressione alla persona in atto, incombente, o, quantomeno, imminente.

6. La "presunzione di proporzione" nell'autodifesa domiciliare

La sussistenza dei requisiti esaminati non esime l'organo giudicante dal giudizio di bilanciamento di beni in conflitto; sebbene non siano mancate pronunce dove si è affermato che la presunzione *ex art. 52, co. 2, c.p.* vada interpretata nel senso che «non è più rimesso

al giudice il giudizio sulla proporzionalità della difesa all'offesa, essendo il rapporto di proporzionalità sussistente per legge⁶⁴», la posizione dominante⁶⁵ è quella di considerare relativa siffatta presunzione, per ragioni di carattere sistematico nonché logico; in caso contrario, il giudice sarebbe obbligato a riconoscere l'esimente anche in casi di evidente sproporzione tra offesa e reazione, giudicando lecite perfino reazioni indiscriminate. Importanza dirimente riveste, sempre, il confronto tra il bene dell'agredito (posto in pericolo dall'aggressore) e quello dell'aggressore (posto in pericolo dalla reazione dell'agredito).

7. Considerazioni conclusive

L'art. 52 c.p. si è dimostrata una norma tanto versatile quanto complessa che è riuscita a raggiungere a fatica un punto di equilibrio. L'autotutela e la difesa del diritto si costruisce su presupposti di operatività e nel limite del principio di proporzionalità, che segue criteri di valutazione adatti ad ogni contesto fenomenologico, per cui anche la c.d. presunzione legale della legittima difesa domiciliare, non può dirsi operante *sic et simpliciter*, ma resta legata a ciò che è «necessario» respingere. La paura di vittimizzazione per la propria incolumità e per i propri beni, acuitasi nel corso degli anni, preme sulle scelte di politica criminale che traghettano valori nevrotici sulle incertezze del sistema giustizia. Tali sentimenti, nondimeno, devono fare i conti con la *ratio* della scriminante che non è forgiata solo a tutela dell'agredito ma dell'intero ordinamento e in funzione di prevenzione speciale, in quanto la difesa (giustificata) dell'aggressione, dimostra ai consociati che l'offesa o la minaccia in danno di beni giuridici altrui è portatrice di offensività. Se questo è vero, l'autotutela privata non può essere concessa in ogni caso, pertanto è «giusto» affermare la responsabilità dell'agredito derivante da pregiudizi insignificanti.

⁶¹ PUTINANÒ, *Diritto penale. Parte Speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, op. cit., p. 46.

⁶² GARGANI, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *Studium Iuris*, 2006.

⁶³ Cass., 25 febbraio 2014, n. 28802, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

⁶⁴ Cass., 9 febbraio 2011, n. 11610, in *www.altalex.com*.

⁶⁵ AMATO, *Non c'è il temuto "strappo" nel sistema*, in *Guida al diritto*, 2006. FORTE, *I nuovi confini della legittima difesa*, in *Cass. pen.*, 2006.

Bancarotta fraudolenta nel concordato con continuità aziendale e momento di attivazione della giurisdizione penale.

Nota a Cassazione Penale, Sezione V, 6 ottobre 2016, n. 50675

abstract

The Court of Cassation for the first says is that is abstractly applicable art. 236 l.f. and, then, the conduct of bankruptcy concordataria even in the case of agreed with business continuity approved by creditors and approved by the Court. It should be ascertained, in concrete the character of frodatorio for the realization of interests different from those underlying concordataria legislation.

Secondly he says the jurisdiction of the criminal court even before the withdrawal of the concordat, given the trend toward self-sufficiency of jurisdiction in criminal matters.

keywords

Bankruptcy concordataria – Fraudulent bankruptcy – Arrangement with creditors – Agreed with business continuity – Withdrawal of agreed quote – Acts in fraud.

abstract

La Suprema Corte di Cassazione per la prima volta afferma l'astratta applicabilità dell'art. 236 l.f. e, quindi, delle condotte di bancarotta concordataria, anche nel caso di concordato con continuità aziendale approvato dai creditori ed omologato dal Tribunale. Tuttavia per affermare la responsabilità penale del debitore è necessario accertare in concreto il carattere frodatorio del piano utilizzato per la realizzazione di interessi diversi da quelli sottesi alla normativa concordataria.

In secondo luogo, si afferma la giurisdizione del giudice penale anche prima della revoca del concordato, stante la tendenziale autosufficienza della giurisdizione penale.

parole chiave

Bancarotta concordataria – Bancarotta fraudolenta – Concordato preventivo – Concordato con continuità aziendale – Revoca del concordato preventivo – Atti in frode.

Reati fallimentari – Bancarotta fraudolenta patrimoniale di natura concordataria – Atti distrattivi e

dissipativi commessi dopo l'omologa giudiziale del concordato preventivo – Rilevanza penale – Sussistenza – Ragioni

Il carattere frodatorio del piano va accertato in concreto e deve consistere in una chiara e indiscutibile manipolazione della realtà aziendale, tale da falsare il giudizio dei creditori e orientarli in maniera presumibilmente diversa rispetto a quella che sarebbe conseguita alla corretta rappresentazione della situazione aziendale. La "frode" non può consistere, quindi, in una diversa lettura dei dati esposti nel piano da parte dei soggetti cui è demandata la funzione di verifica, ma presuppone una rappresentazione non veritiera della realtà aziendale, attuata attraverso la volontaria pretermissione – nel piano – di cespiti rilevanti (beni strumentali, crediti, ecc.), attraverso l'indicazione di attività o l'esposizione di passività inesistenti, ovvero in presenza di qualunque altro comportamento oggettivamente idoneo ad ingannare i creditori e che legittimerebbe la revoca del concordato, ex art. 173 legge fall. L'indicazione legislativa contenuta nella norma suddetta costituisce, infatti, valido riferimento per giungere non solo alla risoluzione del concordato preventivo, ma anche per punire, sub specie di distrazione o dissipazione, condotte che tradiscono, in modo indiscutibile e non congetturale, lo spirito e la funzione degli istituti di "risoluzione della crisi d'impresa", pensati dal legislatore per favorire la salvaguardia di valori aziendali inevitabilmente compromessi dal fallimento e non certo per consentire all'imprenditore di avvantaggiarsi, a danno dei creditori, delle "crisi" cui ha dato luogo; sempreché, ovviamente, le condotte censurate determinino una distrazione o dissipazione di attività aziendali.

Cass. pen., sez. V, sent., 06 ottobre 2016,

dep. 29 novembre 2016, n. 50675

Pres. Fumo - Rel. Settembre

Omissis

1. La decisione dell'ordinanza impugnata. Il Tribunale di Pistoia, decidendo in sede di appello

avverso il provvedimenti emessi, in materia di misure cautelari reali, dal Giudice per le indagini preliminari, ha rigettato l'appello proposto da M.T. s.r.l. avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di dissequestro – avanzata dalla società suddetta – della somma di Euro 1.999.564,82, già oggetto di sequestro preventivo disposto in data 10 ottobre 2015.

Dalla ricostruzione operata dal Tribunale si evince che la M. spa presentò, nel 2012, domanda di concordato preventivo, omologato dal Tribunale di Pistoia in data 16/11/2013. La domanda di concordato prevedeva la cessione alla M.T. srl, appositamente costituita, dell'azienda di proprietà della società concordataria, per il prezzo di Euro 1.890.000. Nonostante il parere contrario del commissario giudiziale (che aveva valutato l'azienda Euro 3.889.564,82), la proposta di concordato fu approvata dai creditori e, per l'effetto di ciò, omologata dal Tribunale fallimentare. A giudizio del Pubblico Ministero, condiviso dal Giudice per le indagini preliminari e dal Tribunale di Pistoia, fu distratta o dissipata, in tal modo, una parte rilevante di attivo (la differenza tra il valore di stima dell'azienda, operata dal commissario giudiziale, e il prezzo effettivo della cessione), nell'ambito di un più ampio disegno distrattivo – portato avanti dagli amministratori della società concordataria – che aveva visto la M. e spa azzerare – nella proposta di concordato – due importanti posizioni creditorie: una, di Euro 7.303.684,10, vantata verso la M. di diritto turco; un'altra, di Euro 3.530.000, vantata verso la M. di diritto greco. In più, era stata completamente svalutata la partecipazione – del valore nominale di Euro 6.093.600 – detenuta nella corrispondente società turca. Il tutto per “inconsistenza e inesigibilità derivante dalle avverse condizioni di dissesto economico-finanziario di entrambe le società estere” (così nella domanda di concordato preventivo).

2. I motivi del ricorso per Cassazione.

Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso per cassazione la M. T. srl con tre motivi.

Col primo lamenta la violazione degli artt. 273 e 321 cod. proc. pen., derivante dal fatto che è stato confermato il sequestro preventivo – che colpisce, oltretutto, beni di un terzo – laddove sono stati esclusi, dal Tribunale del Riesame di Firenze – investito dell'impugnativa avverso il provvedimento applicativo di misura custodiale a carico degli amministratori della M. s.p.a. – i gravi indizi di colpevolezza, per la “inidoneità delle condotte contestate all'indagato ad integrare il reato ipotizzato”, posto che la cessione dell'azienda al prezzo sopra specificato era avvenuta nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

Col secondo motivo lamenta la violazione degli artt. 216, 223 e 236 della legge fall. per la ragione che una ipotesi del tutto normale e tipizzata dal legislatore all'art. 186-*bis* legge fall. (“concordato con continuità aziendale”) è stata sussunta nella fattispecie delle condotte distrattive.

Col terzo motivo lamenta che il Tribunale di Pistoia abbia confermato il decreto di sequestro preventivo con motivazione apparente, limitandosi a richiamare il contesto in cui sarebbe avvenuta la cessione e senza tener conto del fatto che si è trattato di una cessione avvenuta nell'ambito di una procedura concordataria.

3. Le motivazioni della Suprema Corte.

I tre motivi di ricorso investono la medesima questione di diritto e vanno, pertanto, esaminati congiuntamente. Il ricorso è fondato.

3.1 Il nuovo concordato preventivo ed il concordato con continuità aziendale.

La nuova disciplina del concordato preventivo, introdotta dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv., con mod., dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, prevede espressamente che l'imprenditore in stato di crisi possa proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che “può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie” (art. 160 legge fall.). Tale norma è unanimemente interpretata nel senso che l'imprenditore può (anzi poteva, all'epoca di presentazione della domanda di concordato da parte della Macolive s.p.a., essendo, ad oggi, la situazione parzialmente mutata per effetto del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132) fare ai creditori qualsiasi proposta idonea a risolvere la crisi e che l'approvazione della proposta è rimessa alla volontà dei creditori, restando in capo al Tribunale fallimentare il compito di assicurare il rispetto dei principi che regolano la materia concordataria, tra cui, principalmente, quello che ai creditori venga fatta una proposta chiara, sulla base di una veridica rappresentazione della situazione aziendale, e venga proposto un piano fattibile.

In particolare, all'imprenditore è data facoltà, per effetto del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, comma 1, lett. h), come modificato dalla l. di conversione 7 agosto 2012, n. 134 – che ha introdotto nel corpo della legge fallimentare l'art. 186-*bis* – di presentare un piano che preveda “la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione”, sulla base di criteri e valori determinati dal proponente e asseverati da un professionista abilitato.

3.2 L'astratta applicabilità della normativa sulla bancarotta fraudolenta al concordato con continuità aziendale.

Ciò chiarito in diritto, la questione posta dal Pubblico Ministero ricorrente è se, attraverso un piano di tal fatta, l'imprenditore possa compiere atti dissipativi o distrattivi del proprio patrimonio, rilevanti ai sensi dell'art. 216, richiamato dall'art. 236, legge fall., nonostante l'approvazione del piano da parte dei creditori e l'omologa del Tribunale. Al quesito occorre dare,

in linea di principio, risposta affermativa, nel senso che l'approvazione dei creditori e l'omologa del Tribunale non escludono, in astratto, che la procedura concordataria venga utilizzata in frode al ceto creditorio, per la realizzazione di un interesse illecito del soggetto proponente. L'art. 236 cit., nel prevedere l'applicazione degli artt. 223 e 224 legge fall. "nel caso di concordato preventivo", si riferisce non solo ai fatti commessi ante procedura, ma – com'è desumibile dallo stesso tenore letterale della norma – anche ai fatti commessi "attraverso la procedura", indebitamente piegata a fini illeciti. Perché ciò si verifichi occorre, però, che il piano sia congegnato in maniera frodatória, per la realizzazione di interessi diversi da quelli sottesi alla normativa concordataria, pensata e voluta dal legislatore per favorire il risanamento delle imprese o la loro liquidazione: sempre, però, nel rispetto dei principi che sovrintendono all'esercizio dell'attività imprenditoriale e alla definizione concordata delle crisi. Ciò comporta che l'imprenditore, il quale si rivolga al ceto creditorio per coinvolgerli nella gestione della propria crisi, anche attraverso la rinuncia, totale o parziale, ai loro crediti, debba farlo in maniera trasparente e attraverso la rappresentazione della reale situazione aziendale, per consentire ai creditori l'espressione di un voto consapevole e al Tribunale l'adempimento della sua funzione di verifica. Tanto, è dimostrato – se ci fosse mai stato qualche dubbio – dalla previsione della "revoca dell'ammissione al concordato" – ove venga posto in essere uno degli atti previsti dall'art. 173 legge fall. – e dalla recente introduzione, nell'ordinamento penale, dell'art. 236-bis legge fall., che punisce, in maniera severa, il professionista che, nelle relazioni o attestazioni di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), art. 161, comma 3, artt. 182-bis, 182-quinquies, 182-septies e 186-bis (vale a dire, in tutti i casi in cui è richiesta la sua opera "attestatrice"), esponga informazioni false od ometta di riferire informazioni rilevanti in funzione del corretto svolgimento delle procedure di risoluzione della crisi d'impresa (in questo senso si è già pronunciata questa Corte con sentenza del 12/4/2016, n. 18997, in un caso che riguardava lo stesso soggetto ricorrente).

3. Il carattere frodatório del piano va accertato in concreto e deve consistere in una chiara e indiscutibile manipolazione della realtà aziendale, tale da falsare il giudizio dei creditori e orientarli in maniera presumibilmente diversa rispetto a quella che sarebbe conseguita alla corretta rappresentazione della situazione aziendale. La "frode" non può consistere, quindi, in una diversa lettura dei dati esposti nel piano da parte dei soggetti cui è demandata la funzione di verifica, ma presuppone una rappresentazione non veritiera della realtà aziendale, attuata attraverso la volontaria pretermissione – nel piano – di cespiti rilevanti (beni strumentali, crediti, ecc.), attraverso l'indicazione di attività o l'esposizione di passività inesistenti, ovvero in presenza di qualunque altro comportamento ob-

biettivamente idoneo ad ingannare i creditori e che legittimerebbe la revoca del concordato, ex art. 173 legge fall.. L'indicazione legislativa contenuta nella norma suddetta costituisce, infatti, valido riferimento per giungere non solo alla risoluzione del concordato preventivo, ma anche per punire, sub specie di distrazione o dissipazione, condotte che tradiscono, in modo indiscutibile e non congetturale, lo spirito e la funzione degli istituti di "risoluzione della crisi d'impresa", pensati dal legislatore per favorire la salvaguardia di valori aziendali inevitabilmente compromessi dal fallimento e non certo per consentire all'imprenditore di avvantaggiarsi, a danno dei creditori, delle "crisi" cui ha dato luogo; sempré, ovviamente, le condotte censurate determinino una distrazione o dissipazione di attività aziendali.

3.3 Il momento di attivazione della giurisdizione penale.

La questione vera, in realtà, che comporta notevoli ricadute sul piano pratico, consiste nello stabilire se la giurisdizione penale possa attivarsi prima che sia disposta, da parte degli organi fallimentari, la "revoca" del concordato, ex art. 173 cit. A tale quesito non può darsi che risposta affermativa, data la tendenziale autosufficienza della giurisdizione penale, che le consente di risolvere ogni questione da cui dipenda la decisione (art. 2 c.p.p.). E poiché nello specifico del concordato preventivo l'art. 236 legge fall. fa salva espressamente l'applicabilità degli artt. 223 e 224, ne consegue che ogni condotta rivolta a commettere i reati previsti dalle norme suddette, in qualunque momento posta in essere (prima dell'ammissione alla procedura concordataria, durante lo svolgimento della procedura o dopo la revoca del provvedimento di ammissione), diviene perseguibile dal giudice penale.

4. Alla luce di tali principi deve censurarsi la motivazione posta a base della decisione impugnata, la quale ha attribuito valore distrattivo alla cessione preceduta da contratto di affitto – dell'azienda alla M. T. s.p.a. "ad un valore commerciale sottostimato di circa 2.000.0000 di Euro"; cessione avvenuta – si dice – nell'ambito di una procedura di concordato preventivo volta a svuotare la M. spa in favore di altre entità societarie riferibili allo stesso soggetto giuridico, indagato nel procedimento principale (C.M.). Ciò, a prescindere dal fatto – si legge nel provvedimento impugnato – che la cessione «sia stata accettata dal comitato dei creditori e autorizzata dal Giudice delegato», non avendo «molta importanza quanto deciso nella procedura suddetta». Ora, a parte tali erronei rilievi, giacché nel concordato preventivo la proposta concordataria viene approvata – mediante votazione – dai creditori, e non dal comitato dei creditori, e al Giudice delegato sono attribuiti poteri esecutivi della proposta concordataria, resta il fatto che nessun dato incontrovertibile di frode è stato segnalato, essendosi il Tribunale (e, prima ancora, il Giudice per le Inda-

gini Preliminari) affidati, per le loro valutazioni, alla stima dell'azienda operata dal commissario giudiziale, ed avendo da ciò dedotto che il bene sia stato ceduto ad un prezzo decisamente inferiore al valore reale. Ma è palese che non può essere la diversa valutazione di un cespite – da chiunque effettuata – ad attribuire carattere fraudolento alla valutazione operata dal debitore concordatario e ritenuta congrua – o almeno confacente ai loro interessi – dai creditori, nell'ambito di una procedura sottoposta al controllo di legalità del Tribunale fallimentare, sia per l'enorme varietà di valutazione che può subire un'azienda (ci sono almeno quattro diversi metodi di valutazione di un'azienda, e tutti portano a conclusioni molto diverse tra loro), sia perché la valutazione di un cespite non esaurisce il giudizio che – intorno alla convenienza della proposta concordataria – sono chiamati ad esprimere i creditori. Questi, infatti, possono, nella loro autonomia, accontentarsi di un valore predeterminato dal debitore, ancorché contenuto, allorché la proposta contenga profili di convenienza destinati a sfumare nel fallimento, e possono dare preferenza alla continuità aziendale, prospettata dal debitore, piuttosto che a quella di realizzare, subito, tutto o parte del proprio credito. Né la situazione cambia se l'operazione cui ha partecipato M. T. spa venga letta nel più ampio "contesto" dissipativo ipotizzato dal Tribunale, giacché – a parte il fatto che nessun argomento è stato speso per dar corpo all'ipotesi che le società estere collegate alla M. s.p.a. non si trovassero in quella situazione di "inconsistenza e inesigibilità derivante dalle avverse condizioni di dissesto economico-finanziario" con cui è stata giustificato, dal debitore, l'azzeramento delle posizioni creditorie verso le società suddette - resterebbe pur sempre da dimostrare, per suffragare l'ipotesi distrattiva contestata al capo C1), che l'attribuzione, all'azienda, del valore ritenuto incongruo sia da attribuire a manovre decettive dell'imprenditore, che abbia "montato" una realtà diversa da quella effettiva, celando valori aziendali, enfatizzando le passività o compiendo altri atti di frode (per esempio, subornando i creditori con promesse illegittime). In mancanza di una siffatta, rigorosa dimostrazione, la contestazione, recepita dal giudicante, del carattere distrattivo dell'operazione proposta dal debitore, condivisa dai creditori e avallata dal Tribunale fallimentare, si rivela, per quanto detto, indebitamente lesiva delle prerogative dei creditori e delle attribuzioni del Tribunale fallimentare, sicché va censurata per violazione degli artt. 182 e 186-*sexies* legge fall.

Consegue a quanto sopra l'annullamento dell'ordinanza impugnata con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di Pistoia, che si atterrà, nella valutazione dell'operazione contestata, agli esposti principi di diritto.

Omissis

***Nota a sentenza

sommario

1. La vicenda processuale ed il *decisum* della Corte. – 2. La bancarotta fraudolenta nel concordato con continuità aziendale. – 3. Il carattere frodatario del piano e la sua prova in concreto. – 4. Il momento di "attivazione" della giurisdizione penale.

1. La vicenda processuale ed il *decisum* della Corte

Con la decisione in commento il Supremo Collegio ha affrontato due delicate questioni:

l'applicabilità dell'art. 236 l. f. – Concordato preventivo *e, accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, e convenzione di moratoria* – anche alle ipotesi di concordato con continuità aziendale *ex art. 186-bis* l.f. approvato dai creditori ed omologato dal Tribunale;

il momento in cui si attiva la giurisdizione penale.

Nel caso in esame, il Tribunale di Pistoia, nella competenza funzionale di giudice di Appello dei provvedimenti cautelari reali, aveva rigettato il gravame proposto dalla società M. S.p.A. avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di dissequestro dei beni già sottoposti a sequestro preventivo.

In particolare, il Collegio pistoiese, condividendo la tesi della Procura e del Giudice per le indagini preliminari, aveva ritenuto che la M. S.p.A., ammessa a concordato preventivo, attraverso la cessione alla M. srl, appositamente costituita, dell'azienda di proprietà della società concordataria, per il prezzo di Euro 1.890.000 e contro il parere contrario del commissario giudiziale, che aveva valutato l'azienda Euro 3.889.564,82, aveva posto in essere una condotta distratta o dissipata.

Tale attività, inoltre, secondo il provvedimento impugnato si muoveva in un più ampio disegno distrattivo che aveva visto la M. S.p.A. azzerare – nella proposta di concordato – due importanti posizioni creditorie: una, di Euro 7.303.684,10, vantata verso la M. di diritto turco; un'altra, di Euro 3.530.000, vantata verso la M. di diritto greco. In più, era stata completamente svalutata la partecipazione – del valore nominale di Euro 6.093.600 – detenuta nella corrispondente società turca. Il tutto per "inconsistenza e inesigibilità derivante dalle avverse condizioni di dissesto economico-finanziario di entrambe le società estere" (così nella domanda di concordato preventivo).

Con ricorso per Cassazione l'Ente deduceva la violazione di legge in relazione agli artt. 273 e 321 c.p.p., poiché era stato confermato il sequestro preventivo in assenza in capo agli amministratori della M. S.p.A. dei gravi indizi di colpevolezza, già esclusi dal Tribunale delle Libertà di Firenze nel procedimento cautelare personale, per la "inidoneità delle condotte contestate all'indagato ad integrare il reato ipotizzato", posto che la cessione dell'azienda al prezzo era avvenuta nell'am-

bito della procedura di concordato preventivo. La M. S.p.A. lamentava, inoltre, la violazione degli artt. 216, 223 e 236 della l. f., poiché sarebbe stata sussunta nella fattispecie penale una condotta lecita e tipizzata dal legislatore all'art. 186-bis l.f.

Infine, veniva eccepito il difetto di motivazione del provvedimento gravato, in quanto il Tribunale di Pistoia aveva confermato il decreto di sequestro preventivo con motivazione apparente, limitandosi a richiamare il contesto in cui sarebbe avvenuta la cessione e senza tener conto del fatto che si è trattato di una cessione avvenuta nell'ambito di una procedura concordataria.

La Suprema Corte ha ritenuto ammissibile e fondato il ricorso dell'Ente, ritenendo l'ordinanza impugnata censurabile per violazione degli artt. 182 e 186-bis l.f. Difatti, il provvedimento cautelare era stata confermato senza aver dimostrato il carattere fraudolento della valutazione operata dal debitore concordatario, ritenuta congrua dai creditori nell'ambito di una procedura sottoposta al controllo di legalità del Tribunale fallimentare. Per gli ermellini, nell'assenza di tale rigorosa dimostrazione, definire asetticamente distrattiva la condotta del debitore si rivela indebitamente lesiva delle prerogative dei creditori e delle attribuzioni del Tribunale fallimentare.

2. La bancarotta fraudolenta nel concordato con continuità aziendale

Con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv., con mod., dalla l. 14 maggio 2005, n. 80¹ si è previsto all'art. 160² la possibilità per l'imprenditore in stato di crisi di

¹ Per una approfondita analisi della riforma si rimanda a FIMMANÒ, *Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in www.ilcaso.it; v. anche DI GIORGIO, "Nuova" prima lettura del concordato preventivo, in www.ilcaso.it; SANDRELLI, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/2005 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2005; GABALLO, *Il nuovo concordato preventivo, le novità della riforma e prime applicazioni giurisprudenziali*, in www.ilcaso.it, atti del Convegno del 7 giugno 2006.

² Per un'analisi compiuta dell'art. 160 l.f. v. tra gli altri, FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011; FIMMANÒ, *La società pubblica, anche in house, non è un ente pubblico, ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetto a fallimento (commento a App. Napoli 24.4.2013 e App. Napoli 27.5.2013)*. V. anche AA.VV., *Le altre procedure concorsuali*, in VASSALLI-LUISO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, I; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, Padova, 2008; ID., *Il piano concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo*, Bologna, 2009; BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall.*, 2005; ID., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005; CENSONI, *Il "nuovo" concordato preventivo preventivo*, in *Gcomm*, 2009; CHIMENTI, *Condizioni per l'ammissione al concordato preventivo*, in GHIA-PICCININI-SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali, IV, Superamento della crisi e la conclusione delle pro-*

porre ai creditori un concordato preventivo³ sulla base di un piano che «può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie».

La norma, prima della parziale modifica operata dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132⁴, consentiva

cedure concorsuali, Torino, 2011; SANDULLI, *Commento agli artt. 160, 161, 162*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO-SANDULLI, II, Torino, 2006; SANDULLI, *La crisi d'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009; ZANNICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008.

³ Sulla natura giuridica del concordato preventivo la disputa è antica. Già prima della recente riforma ove pure si fosse voluto convenire sul fondamento eminentemente negoziale dell'istituto, accostando la *cessio bonorum* concordataria alla figura contrattuale designata dall'art. 1977 c.c., si sarebbe nondimeno dovuto tenere conto che esso non si risolve in un mero atto di autonomia negoziale delle parti, ma si realizza in un contesto proceduralizzato ed in un ambito di controlli pubblici affidati al giudice per garantire il raggiungimento delle finalità perseguite dal legislatore; v. sez.un. civ., 16 luglio 2008, n. 19506 in www.ilcaso.it. Dopo l'entrata in vigore della riforma, sempre le Sezioni unite con sentenza 23 gennaio 2013 n. 1521, in www.unijuris.it hanno evidenziato come i connotati di natura negoziale riscontrabili nella disciplina dell'istituto non escludono «evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia».

⁴ Il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile (l. 6 agosto 2015, n. 132, pubbl. su *G.U.*, n. 192, del 20 agosto 2015) ha avuto come scopo quello di aprire maggiormente le procedure esecutive alla concorrenza di mercato e di agevolare il ricorso a soluzioni della crisi d'impresa che prevedono la prosecuzione dell'attività (es. concordati e accordi di ristrutturazione con continuità aziendale). Tra le principali novità si segnalano l'introduzione di una soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari nei concordati senza continuità aziendale e la possibilità per i creditori di presentare proposte concorrenti rispetto a quella avanzata dal debitore. Soppeso il meccanismo del "silenzio assenso" ritornando alla precedente regola per cui la proposta è approvata solamente se ottiene il voto favorevole espresso dai creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ammessi e, in caso di loro suddivisione in classi, della maggioranza delle stesse. La seconda novità è rappresentata dalle "proposte concorrenti" ovvero dalla facoltà concessa ad una maggioranza qualificata di creditori (rappresentanti almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale allegata al ricorso) di presentare una proposta migliorativa rispetto a quella formulata dal debitore da porre in votazione, in sede di adunanza, in concorrenza con quest'ultima. Tale norma, insieme alle "offerte concorrenti" (ovvero all'obbligo di attivare procedure competitive finalizzate alla ricerca ed alla selezione di potenziali acquirenti anche qualora la proposta di concordato contenga già un'offerta per l'acquisto dell'azienda o di altri beni specifici), ha il compito di stimolare una maggiore concorrenza all'interno delle procedure di concordato al fine di consentire un migliore soddisfacimento dei creditori. Infine, la

all'imprenditore ad avanzare ai creditori qualsiasi proposta idonea a risolvere la crisi. L'approvazione della proposta era rimessa alla volontà dei creditori, restando in capo al Tribunale fallimentare il compito di assicurare il rispetto dei principi che regolano la materia concordataria, tra cui, principalmente, quello che ai creditori venga fatta una proposta chiara, sulla base di una veridica rappresentazione della situazione aziendale, e venga proposto un piano fattibile.

Più in particolare, e per quanto ci interessa in questa sede, con l'introduzione dell'art. 186-bis l. fall⁵ ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, comma 1, lett. h), come modificato dalla l. di conversione 7 agosto 2012, n. 134 l'imprenditore può presentare un piano che preveda "la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione", sulla base di criteri e valori determinati dal proponente e asseverati da un professionista abilitato.

novella ha introdotto una serie di norme tese ad agevolare il ricorso a soluzioni della crisi d'impresa che prevedono la prosecuzione dell'attività. Nel concordato preventivo con continuità aziendale è stata ampliata la possibilità di fare ricorso alla c.d. "finanza interinale", prevedendo la facoltà di chiedere, sin dalla fase pre-negotativa (ovvero ancor prima di depositare il piano di concordato e la proposta definitiva), l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività, ivi compreso il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere alla data di deposito della domanda. Nello stesso solco si inserisce il nuovo art. 182-septies che introduce l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari (nuova figura di accordo di ristrutturazione dei debiti ridisegnato *ad hoc* per le imprese che presentano una forte esposizione nei confronti delle banche) e la convenzione di moratoria, strumento, quest'ultimo, finalizzato a dilazionare il complessivo debito nei confronti del ceto bancario, anche quando vi si oppongano istituti creditori per non oltre il 25%. Con l'ultimo intervento legislativo, dunque, il panorama di quelle che un tempo erano chiamate "procedure concorsuali minori" (rispetto al fallimento che era considerato la procedura principale) si è ulteriormente arricchito e ampliato, consentendo all'imprenditore in crisi di scegliere tra un ventaglio di soluzioni possibili, quella più idonea a rimuovere le cause del dissesto e a rilanciare (ove possibile) l'attività aziendale. In dottrina v. CHIRICOSTA, *Il concordato preventivo dopo la riforma (d.l. 83/2015)*, Satarcangelo di Romagna, 2015; AA.VV., *La legge fallimentare dopo la miniriforma del d.l. n. 83/2015*, Milano, 2015.

⁵ Si rinvia per una lettura della norma a AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, in *www.ilfallimentarista.it*; AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *www.ilcaso.it*; CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, in *www.ilfallimentarista.it*; CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*; DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato con continuità*, in *www.ilfallimentarista.it*; LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fall. 2012*; LO CASCIO, *Crisi, continuità aziendale e altri rimedi: criticità del nuovo sistema normativo*, in *QCI*, 2012; VELLA-LAMANNA-PACCHI, *Il concordato con continuità aziendale*, in FERRO-BASTIA-NONNO (a cura di), *Il concordato con continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, in *www.ilfallimentarista.it*.

Il primo quesito posto alla V sezione è proprio quello di chiarire se condotte poste in essere attraverso un simile piano possano astrattamente essere attratte nell'area penale ed in particolare nei casi di bancarotta concordataria *ex art. 236 l.fall.* anche in presenza dell'approvazione del piano da parte dei creditori e dell'omologa del Tribunale.

Va brevemente ricordato come l'art. 236 l.fall. disciplina le conseguenze sanzionatorie penali degli illeciti commessi in sede di concordato preventivo.

Il primo comma sanziona le condotte riferibili esclusivamente all'imprenditore⁶, mentre al secondo comma, mediante rinvio al altre norme penali, si prende in considerazione la posizione dei titolari di funzioni gestorie, di direzione e controllo nelle imprese societarie, nonché degli stessi creditori.

La condotta di cui al comma primo disciplina un reato proprio dell'imprenditore⁷, caratterizzato dal dolo specifico: l'imprenditore è punito qualora, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo si sia attribuito attività inesistenti⁸, ovvero, che per influire sulla formazione delle maggioranze abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti⁹. La norma tutela l'affidamento dei terzi richiesto dalla procedura e mira ad impedire che il debitore/imprenditore, attraverso una inveritiera rappresentazione della realtà dell'impresa, acceda ai benefici ricondotti dalla legge allo strumento in esame senza possederne i requisiti e le condizioni.

Quanto all'attività simulatoria per la giurisprudenza di legittimità, nella definizione di "attribuzione di attività inesistenti" rientrano anche condotte omissive: «il reato punisce anche l'omessa indicazione di debiti e la sopravvalutazione di immobili e, in definitiva, la simulazione o la dissimulazione, anche parziali, dell'attivo o del passivo, operazioni che, alterando il risultato finale della situazione patrimoniale al momento della proposta di concordato, comportano una automatica attribuzione di attivo, ideologicamente falsa»¹⁰.

Il momento consumativo del reato coincide con la presentazione della domanda di ammissione nella cancelleria del Tribunale. La condotta può realizzarsi sia in

⁶ Eventualmente in concorso con l'*extraneus*, v. Cass., 29 settembre 1983, Totaro, in *RP* 1984, p. 648. Critica la dottrina v. CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, II, Torino, 1991.

⁷ Il divieto di analogia in *malam partem* toglie rilevanza penale agli atti commessi dagli amministratori di società, ed alla presentazione di fraudolenti piani di composizione debitoria concordatari, nel caso di società di capitali, come del resto da opinione unanime, v. NUVOLONE, *Il Diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, p. 188.

⁸ Condotta logicamente precedente al decreto giudiziale.

⁹ Tale condotta, invece, può cadere anche in epoca successiva alla emissione del decreto e prima della formazione della maggioranza.

¹⁰ Cass. pen., sez. V, (ud. 26 gennaio 2000), 23 marzo 2000, n. 3736, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*. La sentenza, isolata, elude il divieto di estensione analogica proprio del diritto penale.

sede di presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, sia in una fase precedente purché la domanda di ammissione al concordato preventivo venga presentata. La fattispecie prescinde dal conseguimento del risultato¹¹ ed è compatibile con l'istituto del tentativo.

Diverso è il presupposto per l'ammissione alla procedura concorsuale, prima identico al fallimento, ora esteso dalla riforma allo stato di crisi, dizione maggiore dell'insolvenza irreversibile correlata al fallimento: estendendo il territorio del possibile ricorso alla procedura, aumenta anche quello della possibile incriminazione.

Il secondo comma dell'art. 236 l.fall. si pone come norma di rinvio per l'individuazione delle singole disposizioni penali fallimentari che il legislatore ha inteso rendere applicabili alla procedura di concordato preventivo: la bancarotta fraudolenta e semplice impropria; la normativa sull'istitutore; le disposizioni incriminatrici di cui agli artt. 228 e 229; le norme degli artt. 232 e 233.

In forza del cpv dell'art. 236 l.f. al ceto gestorio delle società, "nel caso di concordato preventivo" si applicano le figure incriminatrici della bancarotta impropria semplice (artt. 224-217 l.fall.) e fraudolenta (artt. 223, 1° c., - 216), nelle varie ipotesi, tipizzate in relazione al fallimento, di bancarotta distrattiva (art. 216, n.1), documentale (216 n.2) preferenziale (216, c. 3), bancarotta societaria per falso in bilancio in rapporto causale o concausale con il dissesto (223, c. 2 n.1) - 2621 e 2622 c.c.) od operazioni economiche dolosamente orientate al dissesto (223, c.2 n.2)¹².

Il delitto di bancarotta fraudolenta commesso da amministratore di società in amministrazione controllata, di cui all'art. 236, comma secondo, n. 1, R.D. n. 267 del 1942, configura un reato di pericolo e non di danno, in quanto tutela, in via anticipata, l'interesse dei creditori alla integrità della garanzia offerta dal patrimonio dell'impresa commerciale esercitata in forma societaria e non richiede che alla procedura alternativa minore faccia seguito la dichiarazione di fallimento¹³.

La punibilità è, altresì, estesa ai fatti commessi in una fase antecedente all'ammissione alla procedura disciplinata dall'art.161 l.fall..

Il rinvio alle fattispecie di bancarotta fa sì che sono assorbiti tutti i requisiti soggettivi e oggettivi previsti richiamati dalle norme indicate. In tale ottica, rileva-

no sia i fatti antecedenti che quelli successivi al decreto di ammissione, il quale svolge lo stesso ruolo che nella procedura fallimentare¹⁴.

La norma in commento al n. 2, co. 2, disciplina la responsabilità dell'istitutore dell'imprenditore ammesso a concordato preventivo, figura ausiliaria, che solitamente si riferisce ad un dipendente con la qualifica di dirigente che sia stato preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale.

Agli institori dell'imprenditore, in caso di ammissione alla procedura di concordato sono applicabili le norme di cui all'art. 227 l.fall., che a sua volta rinvia non solo ai reati di bancarotta fraudolenta e semplice ma punisce altresì tutte quelle condotte relative alla ricorso abusivo al credito ed alla denuncia di creditori inesistenti¹⁵.

Il n. 3¹⁶, comma 2 dell'art. 236 l.fall., invece, estende la punibilità delle disposizioni degli artt. 228 e 229¹⁷ l.fall. al commissario del concordato preventivo o dell'amministrazione controllata, mentre il numero 4¹⁸ dello stesso comma sancisce la responsabilità dei creditori con richiamo all'art. 232 l.fall.

La formulazione della norme pone problemi in relazione al momento in cui è applicabile: dal momento in cui viene presentata la domanda prima ancora dell'ammissione, dal momento dell'ammissione con decreto del Tribunale che dichiara aperta la relativa procedura, ai sensi dell'art.163 l.fall., ovvero soltanto con l'adozione del decreto di omologazione ai sensi dell'art.180 l.fall.

La questione non è di poco conto, infatti, le modifiche apportate alla procedura di concordato preven-

¹⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi Complementari*, II, cit., p. 231; CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, II, cit., p. 408; LA MONICA, *I reati fallimentari*. II ed. aggiornata da Maccari, Milano, 1999.

¹⁵ La norma è fortemente criticata in Dottrina che l'ha tacciata di irragionevolezza in relazione al principio di uguaglianza poiché ove il fatto fosse commesso dall'imprenditore individuale ammesso alla procedura concordataria, non determinerebbe la responsabilità, riservata ai casi di bancarotta impropria, inoltre i preposti all'organismo societario vedono limitata la propria responsabilità ai casi di bancarotta impropria, l'istitutore è chiamato a rispondere anche delle fattispecie di cui agli art. 218 e 220 stante il rinvio formale all'art. 227, v. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi Complementari*, II, cit., p. 234; LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, p. 1355; PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957, p. 423.

¹⁶ V. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi Complementari*, II, cit., p. 226 anche in relazione all'applicabilità dell'art. 2639 c.c.; v. anche CADOPPI, *Reati del curatore e dei suoi ausiliari*, in BRICIOLA-GALGANI-SANTINI (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977, per il quale i coadiutori eventualmente nominati dal commissario, non richiamati nel 236 comma 2, non assumono responsabilità penali.

¹⁷ Le pene stabilite dalla Legge per la figura del curatore fallimentare.

¹⁸ Si rimanda ad ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi Complementari*, II, cit., p. 235; PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, cit.

¹¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi Complementari*, II, Milano, 2008.

¹² Si deve ricordare come il liquidatore dei beni del concordato preventivo di cui all'art. 182 legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942) non può essere soggetto attivo dei reati di bancarotta di cui agli artt. 223 e 224, richiamati nell'art. 236, secondo comma, n. 1, stessa legge, in quanto non può ritenersi ricompreso in alcuno dei soggetti ivi espressamente indicati e, in particolare, tra i "liquidatori di società", cfr. Cass., sez. un., 30 settembre 2010, n. 43428, in *Giur. It.*, 2011, 8-9, p. 1875, con nota di ARTUSI.

¹³ Cfr. Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468, cit.

tivo, nel caso in cui questa non si concluda, per qualsiasi motivo, nell'omologazione del concordato non determinano più l'automatica soggezione del debitore al fallimento.

Il rinvio determina la sanzionabilità delle condotte ivi richiamate indipendentemente dallo stato di insolvenza, presupposto del fallimento, ma già in una fase di mera crisi. Sul punto la giurisprudenza ha concluso per una equiparazione tra la sentenza dichiarativa di fallimento ed il decreto di ammissione al concordato preventivo. Difatti, «ai fini dell'integrazione del reato di bancarotta in amministrazione controllata, il decreto di ammissione alla relativa procedura ripete, nell'ambito della corrispondente fattispecie di bancarotta, la stessa natura e gli stessi effetti della sentenza dichiarativa di fallimento. Tale provvedimento, in quanto tale, integra un elemento costitutivo del reato e non già una mera condizione obiettiva di punibilità, presupponendo questa un reato già strutturalmente perfetto, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo, con la conseguenza che è solo per effetto dell'ammissione all'amministrazione controllata che determinate condotte del ceto gestorio della società si connotano come bancarotta. Rilevato, pertanto, che il provvedimento giurisdizionale di ammissione all'amministrazione controllata è elemento costitutivo del reato, la intervenuta soppressione di ogni riferimento ad esso, attuata dalla modifica normativa introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006 coinvolge necessariamente la cancellazione dell'art. 236 l. fall., nella parte in cui richiama il detto istituto e fa dipendere dalla operatività del medesimo la punibilità delle condotte. Stante la intervenuta abrogazione del delitto di bancarotta impropria connessa all'amministrazione finanziaria, in assenza di qualsivoglia disposizione transitoria che disciplini gli effetti dell'abrogazione sulle disposizioni incriminatrici, in accoglimento del proposto ricorso, deve procedersi alla revoca della sentenza avente ad oggetto la condanna in ordine al suddetto reato perché il fatto non è più previsto come tale dalla legge»¹⁹.

Orbene, secondo i giudici di legittimità nella sentenza in commento «l'approvazione dei creditori e l'omologa del Tribunale non escludono, in astratto, che la procedura concordataria venga utilizzata in frode al ceto creditorio, per la realizzazione di un interesse illecito del soggetto proponente».

Tale soluzione ermeneutica, chiaramente rigida e volta ad estendere la sanzione penale, è rivoluzionaria. Difatti, per la prima volta si riconosce che mediante la predisposizione e la realizzazione di un piano concordatario possono essere posti in essere condotte qualificabili come distrazioni patrimoniali penalmente rilevanti. Prima di tale arresto la giurisprudenza di legittimità riconosceva unicamente che «in tema di

reati fallimentari, le condotte distrattive poste in essere prima dell'ammissione al concordato preventivo rientrano, anche nel caso in cui la società non sia poi dichiarata fallita, nell'ambito previsionale dell'art. 236, comma secondo, l.fall. il quale, in virtù dell'espresso richiamo all'art. 223 l.fall., punisce i fatti di bancarotta previsti dall'art. 216 l.fall., commessi da amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società fallite»²⁰.

La soluzione a cui giunge la Suprema Corte discenderebbe da una interpretazione letterale dell'art. 236 l.fall., che nel prevedere l'applicazione degli artt. 223 e 224 l.fall. nel caso di concordato preventivo, «si riferisce non solo ai fatti commessi ante procedura, ma anche ai fatti commessi attraverso la procedura indebitamente piegata a fini illeciti».

Assume, allora, rilevante importanza la corretta e trasparente rappresentazione della reale situazione aziendale, che consente ai creditori l'espressione di un voto consapevole ed al Tribunale l'adempimento della sua funzione di verifica.

La rilevanza di tali principi trovano conferma nella lettura dell'art. 173 l.fall.²¹ che prevede la «revoca dell'ammissione al concordato»²² nonché dell'art. 236-

²⁰ *Ex plurimis* e tra le più recenti Cass. pen., sez. V, 7 settembre 2015, n. 5010, in *Massima redazionale*, 2016; v. anche Cass. pen., sez. V, 8 aprile 2015, n. 33268 (rv. 264354), in *CED Cassazione 2015*, secondo cui «Le condotte distrattive compiute prima dell'ammissione al concordato preventivo di una società poi dichiarata fallita integrano il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale anche nel caso in cui l'agente abbia ottenuto l'ammissione al concordato preventivo, si sia adoperato per il buon esito della procedura, e questo non sia stato conseguito per fatti indipendenti dalla sua volontà, in quanto, laddove si verifichi il fallimento, ai fini della configurabilità del dolo, è sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte».

²¹ In dottrina v. BOSTICCO, *La resurrezione giurisprudenziale dell'art 173 l. fall e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Fall.*, 2007; DE CRESCENZO, *Sub Art. 173*, in JORIO-FABIANI (diretto e coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007; FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione e dichiarazione di fallimento*, in FAUCEGLIA-PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *GM*, 2006; FILOCAMO, *L'art. 173, primo comma, l. fall., nel sistema del nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009; FILOCAMO, *Sub art. 173*, in FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011; GABORDI, *Sub art. 173*, in CAVALLINO (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010; GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *G..Comm.*, 2009, I; LICCARDO, *Sub Articolo 173*, in NIGRO-SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010; LIMITONE, *Revocatoria concorsuale*, in FERRO (a cura di), *Le insinuazioni al passivo*, Padova, 2006, IV; PADELLARO, *Commento su Art. 173*, in NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006; PENTA, *Revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano (nota a T. Tivoli, decr. 15.7.2009)*, in *Fall.*, 2010;

²² Accanto alla revoca si deve anche ricordarsi l'istituto dell'annullamento di cui all'art. 186 l.f. che si pone come proiezione post omologazione della revoca dell'ammissione ex art. 173 l.fall., da cui la possibilità di fare ricorso all'annullamento ogni

¹⁹ Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Massima redazionale*, 2009.

bis l.fall.²³, che punisce il professionista che, nelle relazioni o attestazioni di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), art. 161, comma 3, artt. 182-*bis*, 182-*quinquies*, 182-*septies* e 186-*bis*, qualora esponga informazioni false od ometta di riferire informazioni rilevanti in funzione del corretto svolgimento delle procedure di risoluzione della crisi d'impresa.

qual volta il consenso dei creditori sia stato carpito con dolo, e non solo nelle due ipotesi restrittivamente previste dall'art. 138 l.fall.. «Sussista *eadem ratio* tra le fattispecie legittimanti la revoca dell'ammissione al concordato e quelle che determinano l'annullamento dell'omologazione del concordato; e, sul piano dei fatti, sarebbe davvero di difficile comprensione come determinate condotte, unificate dall'essere atti di frode aventi valenza decettiva, possano assumere una diversa rilevanza, a seconda del momento in cui vengano ad emersione. Proprio nell'ottica unificatrice della disciplina del concordato preventivo nella ricorrenza degli atti di frode di portata decettiva, la giurisprudenza di questa Corte si è espressa nel senso di ritenere che, nel giudizio di omologazione del concordato preventivo, il controllo della regolarità della procedura impone al tribunale la verifica della persistenza sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura già scrutinate nella fase iniziale, dell'assenza di atti o fatti di frode ed, infine, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, del rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più consapevole ed adeguata informazione, da ciò conseguendo che, a fronte di atti o di fatti rilevanti ai fini previsti dall'art. 173 l.fall., il tribunale deve respingere la domanda di omologazione nonostante la mancata apertura del relativo procedimento (così la pronuncia 10778/2014). A tale visione unificatrice si allinea pertanto l'esegesi qui proposta della normativa ex art. 186 l.fall., proprio nella individuazione della identità della *ratio*, dall'iniziale revoca dell'ammissione al concordato, alla reiezione della omologazione sino all'annullamento del concordato omologato» Cfr. Cass. Civ., sez. I, 14 settembre 2016, n. 18090 (rv. 641172), in *CED Cassazione 2016*, che ha affermato il principio secondo cui «L'annullamento del concordato preventivo omologato, ex art. 186 l.fall., nel testo novellato dal d.lgs. n. 169 del 2007, è un rimedio concesso ai creditori nei casi in cui la rappresentazione dell'effettiva situazione patrimoniale della società proponente, in base alla quale il concordato è stato approvato dai creditori ed omologato dal tribunale, sia risultata falsata per effetto della dolosa esagerazione del passivo, dell'omessa denuncia di uno o più crediti, ovvero della sottrazione o della dissimulazione di tale orientamento, o di altri atti di frode, idonei ad indurre in errore i creditori sulla fattibilità e sulla convenienza del concordato proposto».

²³ Cass. civ., sez.un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *www.ilcaso.it*, «Il professionista attestatore ha il compito di certificare la veridicità dei dati rappresentati dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto, fornendo dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno, elementi, questi, che il giudice potrebbe altrimenti acquisire soltanto nominando un consulente tecnico. Il professionista attestatore, pur non essendo un consulente del giudice, deve, pertanto, avere caratteristiche di indipendenza (significativamente rafforzate dalla sanzioni penali di cui all'articolo 236-*bis*, R.D. n. 267/1942 – legge fallimentare) e professionalità tali da garantire una corretta attuazione del dettato normativo». In dottrina mi si permetta di rimandare a LAUDONIA, *Il professionista "attestatore infedele" nel concordato preventivo: profili penali*, in *Gazzetta Forense*, 2014, marzo-aprile 2014, p. 24 e ss.

In conclusione, l'imprenditore che si rivolga al ceto creditorio per coinvolgerli nella gestione della propria crisi, anche attraverso la rinuncia, totale o parziale, ai loro crediti, deve farlo in maniera trasparente e attraverso la rappresentazione della reale situazione aziendale, per consentire ai creditori l'espressione di un voto consapevole e al Tribunale l'adempimento della sua funzione di verifica.

3. Il carattere frodatario del piano e la sua prova in concreto

La questione implicita sottesa all'esame della Corte è, quindi, quella del controllo sulla serietà e attendibilità delle informazioni e dei documenti su cui riposa la proposta di concordato preventivo nonché sulla serietà ed affidabilità dell'attestazione resa da un professionista o da una società di revisione.

La procedura del concordato preventivo deve svolgersi all'insegna della trasparenza e dell'informazione, a garanzia delle regioni creditizie; ragioni di natura economico-finanziario, insindacabili e che potrebbero orientarsi in senso contrario ad una rigida valutazione economica, anche a favore di una cessione a prezzi inferiori al valore di stima, in ragione della funzione transattiva dell'accordo.

Alla severa conclusione cui giunge la Suprema Corte circa l'astratta configurabilità ex art. 236 l.fall. di condotte distrattive in presenza dell'approvazione dei creditori e dell'omologa del Tribunale, gli stessi ermellini evidenziano che per la configurabilità del reato è necessario provare *in concreto* che «il piano sia stato congegnato in maniera frodataria, per la realizzazione di interessi diversi da quelli sottesi alla normativa concordataria».

La Corte nella sentenza in commento da una precisa e lucida definizione "atto di frode" che «consiste in una chiara e indiscutibile manipolazione della realtà aziendale, tale da falsare il giudizio dei creditori e orientarli in maniera presumibilmente diversa rispetto a quella che sarebbe conseguita alla corretta rappresentazione della situazione aziendale»²⁴.

La "frode" non può consistere, quindi, in una diversa lettura dei dati esposti nel piano da parte dei soggetti cui è demandata la funzione di verifica, ma presuppone una rappresentazione non veritiera della realtà aziendale, attuata attraverso la volontaria pretermissione – nel piano – di cespiti rilevanti (beni strumentali, crediti, ecc.), attraverso l'indicazione di attività o l'esposizione di passività inesistenti, ovvero in presenza di qualunque altro comportamento obiettivamente idoneo ad ingannare i creditori e che legittimerebbe la revoca del concordato, ex art. 173 l.fall.

Per il Supremo Collegio tale ultima norma sarebbe, quindi, il "valido riferimento" non solo per revocare il concordato preventivo, ma anche per punire, *sub specie*

²⁴ Cass., sez. V, 29 novembre 2016, n. 50675, cit.

di distrazione o dissipazione, condotte che tradiscono, in modo indiscutibile e non congetturale, lo spirito e la funzione degli istituti di “risoluzione della crisi d’impresa”, pensati dal legislatore per favorire la salvaguardia di valori aziendali inevitabilmente compromessi dal fallimento e non certo per consentire all’imprenditore di avvantaggiarsi, a danno dei creditori, delle “crisi” cui ha dato luogo; sempreché, ovviamente, le condotte censurate determinino una distrazione o dissipazione di attività aziendali.

Al riguardo, va anche detto come «è perfettamente ammissibile, ed anzi normale, il concorso di una sanzione penale (nel nostro caso art. 236 l.fall.)²⁵ con altra di diversa natura (art. 173 l.fall.)²⁶, volta ad impedire la validità e l’efficacia di atti viziati da antigiuridicità speciale»²⁷.

Non vi è, però, integrale corrispondenza tra le condotte di revoca *ex art. 173 l.fall.* e quelle che possono condurre alla responsabilità penale del debitore per bancarotta di cui art. 236 l.fall., lasciando spazio ad un’autonoma rilevanza dei fatti come bancarotta patrimoniale fraudolenta anche a prescindere da una eventuale revoca del concordato preventivo.

Stante la natura del concordato preventivo²⁸, in cui bisogna aver riguardo alla concreta disciplina normativa di volta in volta applicabile, «è innegabile che la revoca dell’ammissione al concordato, per avere il debitore occultato o dissimulato parte dell’attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, già per il carattere officioso da cui è connotata, non appare ridicibile ad una dialettica di tipo meramente negoziale, ma pienamente invece s’iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia cui sopra s’è fatto cenno»²⁹.

Non tutte le condotte fraudolente antecedenti alla presentazione della domanda di concordato preventivo sono di per sé stesse ostative alla prosecuzione della procedura. La individuazione delle condotte a tal fine rilevanti deriva dalla armonizzazione della soppressione del requisito della meritevolezza, nonché di tutte le condizioni di ammissibilità del concordato che il testo previgente dell’art. 160, legge fallimentare – R.D. n. 267/1942 – ancorava a requisiti di natura etica, con la previsione dell’attuale articolo 173, legge fallimentare, ove il legislatore ha comunque mantenuto la rilevanza ostativa di fatti quali l’occultamento di parte dell’attivo e l’esposizione di passività inesistenti, o la commissione di “altri atti di frode”. L’armonizzazione dei principi sopra indicati porta, quindi, necessariamente a circoscrivere la sfera di applicabilità

del primo comma del citato art. 173 a quei soli comportamenti che per gravità ed importanza siano tali da rendere illegittimo il ricorso da parte dell’imprenditore ad un istituto che gli assicura, a differenza del fallimento, il beneficio dell’esdebitazione, oltre che il dimezzamento delle pene previste per i reati previsti dagli articoli 216 e seguenti, legge fallimentare. In tale prospettiva, il criterio per selezionare la rilevanza degli “altri atti di frode” non può che dipendere dall’impatto che la condotta abbia avuto nella causazione della crisi e, soprattutto, sull’entità della stessa. Appare difficile, infatti, poter sostenere che la condotta risulti nella sottrazione fraudolenta di risorse destinate al soddisfacimento dei creditori non osti alla prosecuzione della procedura (e prima ancora, per ragioni di economia, all’apertura) quando risulti che essa abbia causato o concausato la crisi, o dilatato in maniera significativa il passivo, con corrispondente diminuzione delle prospettive di soddisfacimento dei creditori. In una logica di questo tipo assumeranno, quindi, rilievo diversi elementi, quali soprattutto l’entità della diminuzione della garanzia patrimoniale del debitore, da considerarsi in rapporto alle dimensioni del dissesto, ed anche la maggiore o minore prossimità della sottrazione al momento di manifestazione della crisi e il maggiore o minor disvalore sociale della condotta fraudolenta³⁰.

La giurisprudenza di legittimità ha anche rilevato come gli altri atti di frode non sono leciti, allorquando evidenziano la volontà di abusare dello strumento concordatario³¹.

Gli atti di frode *ex art. 173 l.fall.* vanno intesi, sul piano oggettivo, «come le condotte volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza potenzialmente decettiva per l’idoneità a pregiudicare il consenso informato degli stessi sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate nella loro sussistenza o anche solo nella loro completezza ed integrale rilevanza, a fronte di una precedente rappresentazione del tutto inadeguata, purché siano caratterizzati, sul piano soggettivo, dalla consapevole

³⁰ Trib. Milano, 28 aprile 2011, in *www.ilcaso.it*.

³¹ *Ex plurimis* Cass. civ., sez. I, 15 ottobre 2013, n. 23387, in *www.ilcaso.it*, secondo cui «I comportamenti del debitore anteriori alla presentazione della domanda di concordato sono rilevanti ai fini della revoca dell’ammissione alla procedura esclusivamente nel caso in cui abbiano valenza decettiva e siano, quindi, tali da pregiudicare l’espressione di un consenso informato da parte dei creditori. La rilevanza di detti comportamenti è, infatti, data dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l’esistenza di parte dell’attivo o aumentando artatamente il passivo, in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare. Detta attitudine deve ricorrere, ai fini in questione, anche per gli “altri atti di frode” non espressamente presi in considerazione dalla norma».

²⁵ Parentesi nostra.

²⁶ Parentesi nostra.

²⁷ Cass. civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

²⁸ Vedi nota 2.

²⁹ Cass. civ., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

volontarietà della condotta, di cui, invece, non è necessaria la dolosa preordinazione.»³²

Nell'accertamento degli atti di frode contemplati dall'art. 173 l.fall. non si può prescindere dalla verifica del comportamento doloso del proponente³³. L'elemento soggettivo può consistere anche nella mera consapevolezza di aver taciuto nella proposta circostanze rilevanti ai fini dell'informazione dei creditori³⁴.

La condotta del debitore deve risultare volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori³⁵, non identificandosi con quelle di cui agli artt. 64 e ss. della medesima legge fallimentare, ma occorrendo che esse siano state inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate dal commissario giudiziale³⁶.

Il contenuto precettivo dell'art. 173 l.fall. non si esaurisce nel richiamo al fatto scoperto perché ignoto nella sua materialità, ma ben può ricomprendere il fatto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati, e che quindi può dirsi accertato dal commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori, solo successivamente³⁷.

Quello che effettivamente rileva è il comportamento fraudolento del debitore, non l'effettiva consumazione della frode. «Se così non fosse, se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori, preventivamente resi edotti della frode e disposti ugualmente ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perché il legislatore ricollega invece immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato. E ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto dei creditori, ormai resi edotti della realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito (come, sul piano sistematico, risulta oggi confermato anche dall'applicabilità dell'istituto della revoca per atti fraudolenti sin dalla fase ancora embrionale della procedura, in caso di domanda di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano, a norma della l. fall., art. 161, comma 6, novellato dal d.l.

n. 69 del 2013, art. 82, comma 1, lett. b, convertito con l. n. 98 del 2013)»³⁸.

Il legislatore, quindi, ha sbarrato la via del concordato al debitore il quale abbia posto dolosamente in essere gli atti contemplati dal citato art. 173, individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e quindi, nel loro accertamento, un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento³⁹.

Anche l'esercizio di facoltà legittime, comprese nel contenuto di diritti riconosciuti dall'ordinamento, in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione può costituire uno strumento di frode in danno dei creditori, in quanto la liceità di ogni operazione che incide sul patrimonio dell'imprenditore dichiarato fallito può essere affermata solo all'esito di un accertamento in concreto, in relazione alle conseguenze prodotte sulle ragioni del ceto creditorio⁴⁰.

4. Il momento di "attivazione" della giurisdizione penale

Per la Suprema Corte la vera "*quaestio*" sottesa al caso posto al suo esame, dalla "notevoli ricadute sul piano pratico", consiste nello stabilire se la giurisdizione penale possa attivarsi prima che sia disposta, da parte degli organi fallimentari, la "revoca" del concordato, *ex* art. 173 l.fall.

In buona sostanza, la questione attiene ai rapporti tra procedimento fallimentare e poteri del giudice penale.

La Corte si interroga sulla possibile attivazione della giurisdizione penale prima della revoca *ex* art. 173 l.fall., ovvero durante ed in pendenza di una procedura fallimentare ed in totale assenza di una sentenza dichiarativa di fallimento.

³⁸ Cass. civ., sez. I., 26 giugno 2014, n. 14552, cit.

³⁹ v. App. Bari, sez. I., 12 maggio 2016, in *Quotidiano Giuridico*, 2016, secondo cui «L'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore, determina la revoca dell'ammissione al concordato preventivo, a norma dell'art. 173 l.fall., a prescindere dal voto espresso dai creditori in adunanza e, quindi, anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento. Il legislatore ha inteso sbarrare la via del concordato al debitore il quale abbia posto dolosamente in essere gli atti contemplati dal citato art. 173 l.fall., individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e quindi, nel loro accertamento, un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura».

⁴⁰ Cass. pen., sez. V, 5 giugno 2014, n. 30830 (rv. 260486), in *CED Cassazione*, 2014. Fattispecie in cui il titolare di una impresa individuale, prima della dichiarazione di fallimento, esercitando il diritto di recesso con riferimento a quote di partecipazione ad una società, di cui egli era titolare, ne aveva di fatto disposto il trasferimento alla moglie.

³² Cass. civ., sez. I., 14 settembre 2016, n. 18090 (rv. 641172), cit.; v. anche Cass. civ., sez. I., 18 aprile 2014, n. 9050, in *Fall.*, 2014, 12, p. 1347.

³³ Cass. civ., sez. I., 5 agosto 2011, n. 17038, in *Dir. Fall.*, 2012, 3-4, 2, p. 355, con nota di VECCHIONE.

³⁴ Cass. civ. sez. I., 16 maggio 2014, n. 10778 (rv. 631417), in *Fall.*, 2015, 5, p. 612.

³⁵ Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fall.*, 2011, 8, p. 933, con nota di AMBROSINI; Cass. civ., sez. I., 14 febbraio 2014, n. 3543, in *Fall.*, 2014, 12, p. 1264, con nota di PENTA.

³⁶ Cass. civ., sez. I., 15 ottobre 2013, n. 23387, in *www.ilcaso.it*.

³⁷ Cass. civ., sez., 18 aprile 2014, n. 9050, in *Fall.*, 2014, 12, p. 1347.

Per gli ermellini, a tale quesito non può darsi che risposta affermativa in applicazione al principio di tendenziale autosufficienza della giurisdizione penale. L'art. 2 comma 1 c.p.p.⁴¹, infatti, in tema di "cognizione del giudice penale", gli attribuisce il potere di risolvere ogni questione (civile, penale ed amministrativa) da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito; mentre l'art. 3 comma 1 c.p.p.⁴² annovera le questioni pregiudiziali che possono devolversi alla cognizione del giudice civile.

L'attrazione nella giurisdizione penale comporta in astratto la possibilità per il magistrato del pubblico ministero anche in pendenza di procedimento che potrebbe giungere alla dichiarazione di fallimento, di richiedere misure cautelari reali pur in assenza della dichiarazione di fallimento o in pendenza di un procedimento che giungerà alla revoca del concordato

Nello specifico del concordato preventivo l'art. 236 l.fall. fa salva espressamente l'applicabilità degli artt. 223 e 224 l.fall.; ne consegue che ogni condotta rivolta a commettere i reati previsti dalle nome suddette, in qualunque momento posta in essere, ovvero prima dell'ammissione alla procedura concordataria, durante lo svolgimento della procedura o dopo la revoca del provvedimento di ammissione, diviene perseguibile dal giudice penale.

⁴¹ Tra gli altri sulle questioni incidentali v. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, p. 4; MARZADURI, *sub artt. 1-3*, in *Comm. Chiavario*, I, Torino, 1989, p. 69; MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *ED*, agg., VI, Milano, 2002, p. 913; FOSCHINI, *Pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942, p.102.

⁴² Per una lettura dell'art. 3 c.p.p. si rimanda a MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, cit., p. 927; ZUM-PANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, pp. 105 e 117.

L'eventuale natura sessuale del bacio sulla guancia: una nuova prospettiva dal giudice della nomofilachia.

Nota a Cassazione Penale, Sezione III, 5 maggio 2016, n. 18679

abstract

By the judgment under review the Court examined the offence of sexual assault pursuant to art. 609-bis c.p., providing an interesting reconstructive cue over the sexual nature of the constituent acts the material element. Stop the need to abandon preconceived view points filing fees incompatible with full and effective protection of freedom of sexual self-determination, the Supreme Court has expanded its guidance on opening the possibility of a relativistic reading of the objective element, for which the sexual nature of a conduct can only be considered as such based on the circumstances of the concrete case.

keywords

Sexual violence – Material element and criteria for assessmen – the polyvalent nature of the kiss on the cheek – General attenuating circumstances.

abstract

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione ha esaminato il reato di violenza sessuale previsto dall'art. 609-bis c.p., fornendo un'interessante punto ricostruttivo in ordine alla natura sessuale degli atti integranti l'elemento materiale. Ferma l'esigenza di abbandonare aprioristici canoni classificatori incompatibili con una tutela piena ed effettiva della libertà di autodeterminazione sessuale, il Supremo Organo nomofilattico ha ampliato il proprio orientamento in materia aprendo alla possibilità di una lettura relativistica dell'elemento oggettivo, per la quale la natura sessuale di una condotta possa essere considerata come tale solo in base alle circostanze del caso concreto.

parole chiave

Violenza sessuale – Elemento materiale e criteri di accertamento – La polyvalente natura del bacio sulla guancia – Circostanze attenuanti generiche.

Art. 609-bis c.p. e libertà di autodeterminazione sessuale – elemento psicologico e modalità della condotta – la natura sessuale di un atto e le speci-

ficità del caso concreto

Non v'è dubbio che il semplice e fugace bacio sulla guancia, dato senza alcuna interferenza nella sfera sessuale della vittima, non possa essere oggettivamente considerato come "atto sessuale" alle stregua del significato "sociale" che al gesto dell'imputato può essere oggettivamente attribuito.

Il bacio sulla guancia, la cui natura di atto sessuale al di là di classificazioni definitorie inammissibilmente autosufficienti, non è affatto scontata (ché anzi il bacio sulla guancia è, secondo consuetudine, percepito come manifestazione di affetto o dato in forma di saluto); si deve perciò far riferimento, come detto, alle circostanze concrete del caso. Ognuno vede, infatti, che una cosa è baciare repentinamente (ma puramente e semplicemente) una persona sulla guancia, altra è – per esempio – baciare un'alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di essere baciati e rivolgendole apprezzamenti per il suo aspetto fisico, o il bacio sulla guancia dato nel tentativo di raggiungere la bocca.

Corte Di Cassazione Penale, Sezione III, 19 novembre 2015 - 5 maggio 2016, n. 18769

Pres. Amoresano, Est. Aceto

(Omissis)

3. Premesso che il ricorrente affastella sotto un unico motivo di ricorso argomenti di doglianza non omogenei e non del tutto acconci nè al tipo di vizio formalmente denunciato nè ai limiti della loro devoluzione in sede di legittimità (ci si riferisce, in particolare, al fugace accenno ai propri stati mentali al momento del fatto, la cui economia nella deduzione del vizio è oscura e marca piuttosto il timido tentativo di far irrompere elementi fattuali nel giudizio di legittimità), resta il nucleo centrale della questione devoluta: la natura di "atto sessuale" del bacio sulla guancia. Questione la cui soluzione impone valutazioni concrete e non astratte.

3.1. A tal fine è necessario ricordare che il reato di cui all'art. 609-bis c.p., è posto a presidio della libertà personale dell'individuo che deve poter compiere atti sessuali

in assoluta autonomia e libertà, contro ogni possibile condizionamento, fisico o morale, e contro ogni non consentita e non voluta intrusione nella propria sfera intima, anche se attuata con l'inganno. La libertà sessuale, quale espressione della personalità dell'individuo, trova la sua più alta forma di tutela nella proclamazione della inviolabilità assoluta dei diritti dell'uomo, riconosciuti e garantiti dalla Repubblica in ogni formazione sociale (art. 2 Cost.), e nella promozione del pieno sviluppo della persona che la Repubblica assume come compito primario (art. 3 Cost., comma 2).

3.2. La libertà di disporre del proprio corpo a fini sessuali è dunque assoluta e incondizionata e certamente non incontra limiti nelle diverse intenzioni che l'altra persona possa essersi prefissa.

L'assolutezza del diritto tutelato non tollera, nella chiara volontà del legislatore, possibili attenuazioni che possano derivare dalla ricerca di un fine ulteriore e diverso dalla semplice consapevolezza di compiere un atto sessuale, fine estraneo alla fattispecie e non richiesto dall'art. 609-*bis* c.p., per qualificare la penale rilevanza della condotta.

3.3. Coerentemente alla natura del bene tutelato e alla centralità della persona offesa, unica titolare del diritto, nessun dolo specifico (al fine di), nè alcun movente esclusivo (al solo scopo di) hanno il compito di tipizzare l'offesa. Qualsiasi valorizzazione di questi atteggiamenti interiori sposterebbe il disvalore della condotta incriminata dalla persona che subisce la limitazione della libertà sessuale a chi la viola.

3.4. L'atto deve poter essere definito come "sessuale" sul piano obiettivo, non su quello soggettivo delle intenzioni dell'agente. Se, perciò, il fine di concupiscenza non concorre a qualificare l'atto come sessuale, il fine ludico o di umiliazione della vittima non lo esclude (Sez. 3, n. 25112 del 13/02/2007, Rv. 236964; Sez. 3, n. 35625 del 11/07/2007, Polifrone, Rv. 237294).

3.5. È necessario e sufficiente che l'imputato sia consapevole della natura "sessuale" dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria; tale natura preesiste alla volontà dell'agente, non è da questi creata, nè conformata. Essa appartiene all'elaborazione scientifica ma è anche espressione della cultura di una determinata comunità in un determinato momento storico e può variare da regione a regione, da Paese a Paese, secondo i i costumi e le usanze locali; il medesimo gesto può non avere ovunque la stessa valenza sessuale, presso alcuni popoli potrebbe non averne affatto (cfr. Sez. 3, n. 25112 del 2007, cit., in ordine al bacio russo).

3.6. Il sesso evoca l'eros, ne è per certi versi sinonimo. Si può dunque sostenere che la natura sessuale dell'atto deriva dalla sua attitudine ad essere oggettivamente valutato, secondo canoni scientifici e culturali, come erotico, idoneo cioè a incarnare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo, a prescindere dal fatto che proprio questo sia lo scopo dell'agente. Tale valutazio-

ne oggettiva costituisce il necessario presupposto del diritto alla libertà sessuale dell'individuo, ne definisce anche contenuto e ampiezza, conformandone, ad un tempo, l'oggetto mediante l'incessante osmosi con la scienza ed i mutevoli costumi sociali.

3.7. Secondo la scienza non solo medica, ma anche psicologica, antropologica e sociologica e in base al comune sentire, i genitali, i glutei ed il seno oggettivamente esprimono, più di ogni altra parte del corpo ed in modo più naturale, diretto ed esplicito, la sessualità. Il loro volontario tocco esprime, con rara immediatezza, la natura "sessuale" del gesto, sicchè, indipendentemente dalle intenzioni del suo autore (del tutto irrilevanti ai fini della sussistenza del reato), quando ciò avvenga senza il consenso di chi lo subisce o con l'inganno, viola il diritto dell'individuo di scegliere liberamente la persona con cui condividere questa parte di sé ed integra il delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p.

3.8. Anche altre condotte hanno valenza sessuale con la stessa dirompente evidenza: la masturbazione, il petting, i rapporti orali, vaginali, anali, esprimono di per sé la propria natura sessuale e con essa il diritto di porli in essere e/o di dividerli con chi si vuole ed in assenza di condizionamenti di sorta.

3.9. In alcuni casi, invece, la valutazione circa la natura "sessuale" dell'atto può essere esclusa dalla consuetudine, dal particolare contesto in cui si inserisce la condotta e/o dalla natura dei rapporti che intercorrono con il suo autore o dalla natura della prestazione (si pensi ai casi di assistenza alle persone non autosufficienti, agli atti medici, ai gesti d'affetto genitoriale, ai baci sulle guance dati in segno di affetto o di saluto); si tratta di situazioni che vanno valutate caso per caso e con estremo rigore al fine di escludere ogni ragionevole dubbio sul punto (Sez. 3, n. 10248 del 12/02/2014, Rv. 258588; Sez. 3, n. 37935 del 02/07/2004, Annunziata, Rv. 230041; si veda pure, Sez. 3, n. 41096, del 18/10/2011, Rv. 251316).

3.10. Va perciò esclusa l'interpretazione secondo la quale la nozione di "atto sessuale" deve essere circoscritta ai soli tocamenti delle zone (immediatamente) erogene del corpo, con esclusione di tutte le altre, ma vanno escluse anche improprie dilatazioni dell'ambito di operatività della fattispecie penale contrarie alle condizioni di sviluppo sociale e culturale nel quale l'atto si colloca (Sez. 3, n. 964 del 26/11/2014, n.m.).

3.11. La natura "sessuale" dell'atto (che preesiste – come detto – alle intenzioni dell'agente ma anche alla sensibilità della vittima) deve essere valutata secondo il significato "sociale" della condotta, avuto riguardo all'oggetto dei tocamenti, ma anche – quando ciò non sia sufficiente – al contesto in cui l'azione si svolge, ai rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte e ad ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo che sia oggettivamente e socialmente percepibile come tale.

3.12. Come ricordato anche dal Giudice delle leggi, “la condotta del (...) delitto di violenza sessuale consiste nel costringere taluno a compiere o subire, con violenza, minaccia o abuso di autorità, atti sessuali i quali abbracciano ora una gamma assai vasta di comportamenti, caratterizzati dall’idoneità a incidere comunque sulle facoltà della persona offesa di autodeterminarsi liberamente nella propria sfera sessuale. A fronte di una nozione di atto sessuale che continua ad avere come punti di riferimento da un lato la congiunzione carnale e dall’altro gli atti di libidine, ma intende distaccarsi dalla fisicità e materialità della distinzione per apprestare una più comprensiva ed estesa tutela contro qualsiasi comportamento che costituisca una ingerenza nella piena autodeterminazione della sfera sessuale, il legislatore ha avvertito l’esigenza di introdurre una circostanza attenuante per i casi di minore gravità (art. 609-*bis* c.p., comma 3). Mediante una consistente diminuzione (in misura non eccedente i due terzi) della pena prevista per il delitto di violenza sessuale (fissata, nel minimo, in cinque anni di reclusione), risulta così possibile rendere la sanzione proporzionata nei casi in cui la sfera della libertà sessuale subisca una lesione di minima entità. L’attenuante si pone dunque quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell’oggettività giuridica del reato” (Corte Costituzionale, sentenza n. 325 del 22/06/2005).

3.13. Nel caso di specie, alla qualificazione di “atto sessuale” dei baci dati alla ragazzina concorrono, nella valutazione dei giudici distrettuali, quattro distinti aspetti della vicenda: a) le modalità repentine e insidiose della condotta; b) l’assenza di qualsiasi rapporto tra l’autore del gesto e la vittima; c) l’attrazione provata nei confronti di quest’ultima; d) la cerniera dei pantaloni aperta.

3.14. A parte la natura repentina dell’azione (che non qualifica l’atto come sessuale, ma solo la “violenza” del gesto), e l’irrelevante attrazione nutrita nei confronti della ragazzina (che sposta l’indagine dal momento oggettivo a quello delle intenzioni dell’agente), rimane il dato della cerniera aperta dei pantaloni che tuttavia costituisce elemento estrinseco e non contestuale all’azione, rilevato solo successivamente quando l’imputato fu rintracciato dai Carabinieri, senza alcuna certezza di un collegamento con l’azione delittuosa.

3.15. Resta dunque solo il bacio sulla guancia, la cui natura di atto sessuale al di là di classificazioni definitive inammissibilmente autosufficienti – non è affatto scontata (chè anzi il bacio sulla guancia è, secondo consuetudine, percepito come manifestazione di affetto o dato in segno di saluto); si deve perciò far riferimento, come detto, alle circostanze concrete del caso. Ognuno vede, infatti, che una cosa è baciare repentinamente (ma puramente e semplicemente) una persona sulla

guancia, altra è – per esempio – baciare un’alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di essere baciati e rivolgendole apprezzamenti per il suo aspetto fisico (questo il caso oggetto della sentenza Sez. 3, n. 10248 del 12/02/2014, Rv. 258588), o il bacio sulla guancia dato nel tentativo di raggiungere la bocca.

3.16. Nel caso di specie non v’è dubbio che il semplice e fugace bacio sulla guancia, dato senza alcuna interferenza nella sfera sessuale della vittima, non possa essere oggettivamente considerato come “atto sessuale” alla stregua del significato “sociale” che al gesto dell’imputato può essere oggettivamente attribuito.

3.17. La sua condotta, proprio per quella connotazione “violenta” che trasversalmente qualifica le azioni poste in essere contro la volontà di chi le subisce, integra piuttosto il reato di violenza privata di cui all’art. 610 c.p..

3.18. Sicché la sentenza impugnata deve essere annullata limitatamente al trattamento sanzionatorio che dovrà essere riparametrato alla luce della diversa qualificazione giuridica della condotta.

4. È invece inammissibile, perchè manifestamente infondata, la censura relativa alla mancata concessione delle circostanze generiche.

Premesso che, come ricordato in sede espositiva del motivo unico di ricorso, l’imputato eccepisce il solo vizio di violazione di legge, la Corte di appello fa buon governo del principio secondo il quale “in tema di attenuanti generiche, posto che la ragion d’essere della relativa previsione normativa è quella di consentire al giudice un adeguamento, in senso più favorevole all’imputato, della sanzione prevista dalla legge, in considerazione di peculiari e non codificabili connotazioni tanto del fatto quanto del soggetto che di esso si è reso responsabile, ne deriva che la meritevolezza di detto adeguamento non può mai essere data per scontata o per presunta, sì da dar luogo all’obbligo, per il giudice, ove questi ritenga invece di escluderla, di giustificarne sotto ogni possibile profilo, l’affermata insussistenza. Al contrario, è la suindicata meritevolezza che necessita essa stessa, quando se ne affermi l’esistenza, di apposita motivazione dalla quale emergano, in positivo, gli elementi che sono stati ritenuti atti a giustificare la mitigazione del trattamento sanzionatorio”.

(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

1. Il reato di violenza sessuale: bene giuridico. – 2. La natura sessuale di un atto, dall’accertamento obiettivo all’irrelevanza di scopi e moventi specifici. – 3. Dal bacio sulla guancia alla violenza sessuale: il ruolo costitutivo delle circostanze del caso concreto. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Il reato di violenza sessuale: bene giuridico protetto

Il reato di violenza sessuale è previsto dall'art. 609-bis c.p., come introdotto nel nostro ordinamento dalla legge n. 66/1996.

La norma punisce colui che, mediante violenza o minaccia, ovvero abuso di autorità, costringe taluno a compiere o a subire atti sessuali, comminando una pena detentiva che varia dai cinque a dieci anni di reclusione.

Viene quindi in rilievo un reato comune che, rispetto al passato, non è più polarizzato intorno a specifici atti presuntivamente ritenuti gli unici a poter indossare la "veste" dell'atto sessuale, come ad esempio quelli di libidine.

La collocazione sistematica rappresenta il primo elemento di novità voluto dal legislatore del '96: il passaggio dalla fonte primigenia dei reati contro la moralità pubblica a quella dei delitti contro la persona testimonia, infatti, il decisivo cambio di rotta nella tutela dei beni giuridici interessati.

In questa cornice la libertà di autodeterminazione sessuale assurge a cuore pulsante delle norme penali che disciplinano la materia perché, come ricorda la Cassazione nella sentenza in commento, tale libertà trova la sua «più alta forma di tutela nella proclamazione della inviolabilità assoluta dei diritti dell'uomo, riconosciuti e garantiti dalla Repubblica in ogni formazione sociale (art. 2 Cost.), e nella promozione del pieno sviluppo della persona che la Repubblica assume come compito primario (art. 3 Cost., comma 2)».

La libertà di disporre del proprio corpo a fini sessuali è dunque assoluta, non potendo essere limitata in alcun modo dalle intenzioni che l'altra persona possa essersi prefissa.

La sfera della sessualità ha cessato di appartenere al generico patrimonio collettivo della moralità o del buon costume, per diventare bene esclusivo del soggetto che ne è titolare, disancorata da qualsiasi valutazione moraleggiante della società¹.

A conferma di tale assunto si consideri che la giurisprudenza di legittimità esclude l'applicabilità della circostanza attenuante della minore gravità del fatto, prevista dall'ultimo capoverso dell'art. 609-bis c.p., al caso in cui il reato di violenza sessuale venga perpetuato nei confronti di una donna che eserciti la prostituzione, in quanto «il diritto al rispetto della libertà sessuale prescinde da condizioni e qualità personali, dal motivo o dal numero di rapporti avuti in passato con persone più o meno conosciute»².

Fatte queste brevi premesse, il vero *punctum pruriens* nell'indagine del reato *de qua* è rappresentato dai criteri utilizzabili nella ricerca della natura sessuale di un atto.

¹ Cit. DELPINO, *I delitti contro la libertà sessuale a seguito della riforma introdotta dalla L. 15-2-1996, n.66 e le successive modifiche*, in *Diritto Penale Parte Speciale*, Napoli, 2015, 1559 e ss.

² In tal senso Cass. pen., sez. III, 22 gennaio 2009, n. 3189.

L'operazione risulta complessa vista l'estrema genericità dell'etichetta normativa che, se da un lato consente un ampliamento delle gaurentigie costituzionali, dall'altro appesantisce l'attività ermeneutica.

Nella sentenza in epigrafe i giudici di legittimità si mostrano ben consapevoli di tale difficoltà e, dopo aver ricostruito le caratteristiche principali delle fattispecie in esame, prospettano la strada da seguire, facendo leva sull'orientamento maggioritario consolidatosi negli ultimi anni.

2. La natura sessuale di un atto, dall'accertamento obiettivo all'irrelevanza di scopi e moventi specifici

Con la riforma del 1996, come visto, il legislatore italiano ha mostrato un diverso apprezzamento nella scelta degli elementi costitutivi delle norme penali sui reati sessuali.

Nella versione *ante* riforma integravano la condotta tipica solo gli atti che, *mutatis mutandis*, potevano ricondursi in una delle due grandi categorie degli atti di libidine o di quelli con congiunzione carnale.

A partire dalla novella si è invece affermato, grazie ad un forte *input* giurisprudenziale, un nuovo modo di intendere la natura sessuale di un atto, non più arroccato su aprioristiche posizioni di principio, bensì calato nella sua dimensione oggettiva.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, è possibile sostenere che «la natura sessuale di un atto deriva dalla sua attitudine ad essere oggettivamente valutato, secondo canoni scientifici e culturali, come erotico, idoneo cioè a incarnare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo, a prescindere dal fatto che proprio questo sia lo scopo dell'agente».

Una valutazione in concreto e mirata alla dimensione obiettiva dell'atto, sulla quale non hanno alcuna rilevanza né lo scopo specifico dell'agente, né eventuali moventi specifici.

Da ciò deriva che possono integrare la condotta in esame tutti quegli atti *corpore corporis* che, pur risolvendosi in un contatto fugace ed estemporaneo, siano idonei e finalizzati a porre in pericolo la libera autodeterminazione sessuale del soggetto passivo.³

³ Così Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2004, n. 37395, in cui i giudici di legittimità hanno ricompreso nella nozione di atto sessuale i ripetuti palpeggiamenti dei glutei posti in essere dal soggetto in posizione sovraordinata rispetto ad alcune dipendenti. Nello specifico la Corte ha sancito che «la valutazione del giudice sulla sussistenza dell'elemento oggettivo non deve far riferimento unicamente alle parti anatomiche aggredite e dal grado di intensità fisica del contatto instaurato, ma deve tenere conto dell'intero contesto in cui il contatto si è realizzato e della dinamica inter-soggettiva, esaminando la vicenda con un approccio interpretativo di tipo sintetico: di conseguenza possono costituire un'indebita intrusione nella sfera sessuale altrui non solo i tocamenti delle zone genitali, ma anche quelli delle zone ritenute erogone, ossia in grado di stimolare l'istinto sessuale, secondo la migliore scienza medica, psicologica ed antropologica-sociologica».

L'elemento psicologico che contraddistingue la fattispecie non può che essere il *dolus generalis*, in ossequio all'assolutezza del bene giuridico protetto che, altrimenti, incorrerebbe in un *vulnus* di tutela derivante dalla ricerca di un fine ulteriore e diverso dalla semplice consapevolezza di compiere un'intrusione non consentita nella sfera sessuale della vittima, fine pertanto ultroneo per qualificare la rilevanza penale della condotta.

Il consenso della persona offesa riveste indubbia valenza scriminante posto che, lo stesso, non sia venuto meno in *itinerare*, ovvero che le modalità violente della condotta non esorbitino il consenso inizialmente prestato⁴.

Ad avviso del supremo organo nomofilattico l'agire finalizzato al soddisfacimento del proprio piacere erotico, o quello c.d. "*ioci causa*", è irrilevante, essendo necessario e sufficiente, a fronte del dolo generico del reato, che l'agente abbia coscienza e volontà di realizzare gli elementi costitutivi del medesimo⁵.

Un orientamento ampiamente condivisibile che, talvolta, ha condotto a risultati poco felici.

Il punto di vista esclusivamente obiettivo, infatti, ha portato i giudici ad escludere la natura sessuale di atti che, sotto la previgente normativa, sarebbero stati (forse non a torto) qualificati come atti sessuali.

Caso emblematico quello di una donna che, dopo un passato da prostituta, trova un normale lavoro impiegatizio ma viene ripetutamente dileggiata dalla datrice di lavoro, che la palpeggia più volte nelle zone intime, alla presenza dei colleghi, con l'intento di ricordarle il passato "mestiere".⁶

In casi del genere la Cassazione, con il filtro dell'accertamento obiettivo, ha escluso la configurabilità del reato di violenza sessuale, riconoscendo la sola sussistenza di atti offensivi dell'integrità fisica e della dignità della persona.

La conclusione è stata infatti fortemente aversata da quella parte della dottrina che desume dall'art. 609-bis c.p. la prioritaria esigenza di tutelare l'intangibilità

sessuale dell'offeso⁷.

In casi limite come quello riportato l'orientamento maggioritario mostra, dunque, evidenti segni di cedimento: se la *ratio* della novella del '96 era quella di ampliare il paniere delle garanzie nella tutela della libertà di autodeterminazione sessuale, assunta come bene assoluto, si può dire che tale obiettivo sia realizzato solo quando venga posto in essere un atto che abbia *ex se* valenza sessuale, non potendosi apprestare le stesse garanzie alla persona offesa ove questa abbia subito un atto che tale valenza non possiede "*in re ipsa*" o in relazione al contesto in cui viene realizzato.

La valutazione oggettiva costituisce, ad avviso della Suprema Corte, il «necessario presupposto del diritto alla libertà sessuale dell'individuo, ne definisce anche contenuto ed ampiezza, conformandone, ad un tempo, l'oggetto mediante l'incessante osmosi con la scienza e i mutevoli costumi sociali».

Il giudice è guidato nella sua indagine dal sapere medico, psicologico, antropologico e sociologico, e deve calarlo nel contesto culturale nel quale l'atto viene compiuto, in quanto idoneo a scriminare una condotta astrattamente ritenuta sessuale.

Emblematica in tal senso una pronuncia del 2007 nella quale la Cassazione⁸, riconoscendo la valenza sessuale del bacio sulle labbra, sottolinea come tale gesto non possa essere egualmente considerato nell'ordinamento russo, dove, per tradizione culturale consolidata, rappresenta una semplice forma di saluto.

Il contatto tra zone erogene, allora, pur se oggettivamente sessuale, non basta più a qualificare la natura di un atto rilevante *ex art. 609-bis c.p.*

In altri casi invece tale valenza sessuale può essere esclusa in ragione dal particolare tipo di rapporti che intercorrono tra l'autore e il soggetto passivo, come nel caso dell'*affectio genitorialis* o nelle ipotesi di assistenza alle persone non autosufficienti.

Sintetizzando può asserirsi che la natura sessuale dell'atto, che preesiste alle intenzioni dell'agente, «deve essere valutata secondo il significato sociale della condotta, avuto riguardo all'oggetto dei toccamenti, ma anche, quando ciò non sia sufficiente, al contesto in cui l'azione si svolge, ai rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte, e ad ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compressione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo, che sia oggettivamente e socialmente percepibile come tale».

3. Bacio sulla guancia e violenza sessuale: il ruolo costitutivo delle circostanze del caso concreto

Con la sentenza n. 18679, qui in commento, la terza Sezione Penale della Corte di Cassazione ha riforma-

⁴ Cass. pen., sez. III, 12 dicembre 2010, n. 24298, nella quale la Suprema Corte ha precisato che «l'assenza di segni di violenza fisica o di lesioni sulla vittima, non esclude la configurabilità del delitto di violenza sessuale, in quanto il dissenso della persona offesa può essere desunto da molteplici fattori e perché è sufficiente la costrizione ad un consenso viziato»; Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11866, in cui i giudici confermano che «la prova del dolo è desunta, in assenza di esplicite ammissioni dell'imputato, da elementi esterni, in particolare da quei dati della condotta del reo che, per l'offensività o per l'obiettivo disvalore sociale, si presentano come maggiormente idonei ad esprimere il fine perseguito dall'agente».

⁵ Sul punto Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2010, n. 21336, in cui i giudici hanno riconosciuto come condotta rilevante *ex art. 609-bis c.p.* quella dell'agente che palpeggia glutei e seno della persona offesa con il dichiarato fine di intimorire e umiliare la stessa.

⁶ In giurisprudenza, fra le più recenti, Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2015, n. 263881.

⁷ Cit. VITELLI, *Atti sessuali e minore gravità nel delitto di violenza sessuale*, su www.archiviopenale.it, 2016, 4 e ss.

⁸ Sul punto Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2007, n. 25112, in merito al c.d. "bacio russo".

to la decisione resa dalla Corte di Appello di Lecce nel maggio 2014, con la quale il ricorrente era stato condannato per il reato di cui agli artt. 81 e 609-*bis* c.p., perché, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, mediante violenza – consistita nel porre in essere una condotta insidiosamente rapida e tale da superare l'altrui contraria volontà – aveva costretto una quindicenne a subire atti sessuali consistiti in ripetuti tentativi, a volte riusciti, di baciarla sulla guancia dopo averla reiteratamente seguita all'uscita del liceo dalla stessa frequentato.

I giudici di merito avevano concluso per la natura sessuale del bacio sulla guancia facendo leva su quattro distinte argomentazioni: a) le modalità insidiose e repentine della condotta, tali da coartare la libertà di autodeterminazione della vittima; b) l'assenza di qualsiasi rapporto tra l'autore del gesto e la vittima; c) l'attrazione provata dal reo nei confronti di quest'ultima; d) la cerniera dei pantaloni aperta.

Ad avviso della Suprema Corte tali argomentazioni sono state utilizzate in maniera impropria.

Partendo dall'ultima circostanza gli ermellini hanno evidenziato come tale elemento sia un fatto «estrinseco e non contestuale all'azione, rilevato solo successivamente quando l'imputato fu rintracciato dai Carabinieri, senza alcuna certezza di un collegamento con l'azione delittuosa», dunque privo di valenza probatoria.

Diverso sarebbe stato se il reo fosse stato colto in flagranza e se la medesima circostanza fosse stata confermata dalla persona offesa.

Quanto all'argomentazione *sub c)*, viene sottolineato come l'elemento psicologico che contraddistingue il reato di violenza sessuale è (solo) il dolo generico, dal quale sono opportunamente tenuti distinti scopi e moventi specifici: considerando quanto anticipato nel paragrafo precedente, la Corte ritiene ininfluyente l'attrazione provata dal reo nei confronti della vittima ai fini della prova del coefficiente psichico della violenza sessuale che, nei termini anzidetti, difetta del dolo tipico.

Restano allora solo due elementi che possono essere valutati al fine di inquadrare la condotta nell'alveo dell'art. 609-*bis* c.p.: il bacio sulla guancia e la modalità insidiose e repentine della condotta.

In ordine al primo, ferme le esigenze di una valutazione obiettiva calata nel contesto culturale in cui l'atto viene compiuto, la natura sessuale del bacio sulla guancia non è decretabile in base a classificazioni definitive reputate inammissibili dai giudici di legittimità.

Tale atto, infatti, benché percepito secondo consuetudine come espressione di affetto o segno di saluto, può assumere valenza sessuale in relazione alle «*circostanze del caso concreto*». Ognuno può facilmente constatare come «una cosa è baciare repentinamente (ma puramente e semplicemente) una persona sulla guancia, altra è – per esempio – baciare un'alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di

essere baciati e rivolgendole apprezzamenti per il suo aspetto fisico, o il bacio sulla guancia dato nel tentativo di raggiungere la bocca».

Per la Cassazione, dunque, la valutazione oggettivo-anatomica del bacio sulla guancia non permette di considerarlo come atto idoneo a coartare la libertà di autodeterminazione sessuale del destinatario; tuttavia, in relazione alle circostanze del caso concreto, valutate secondo un criterio oggettivistico-contestuale, tale atto può integrare una condotta di violenza sessuale, come nel caso di un tentativo fraudolento di raggiungere la bocca.

La Corte, pertanto, ritiene non vi sia alcun dubbio per escludere che il «semplice e fugace bacio sulla guancia, dato senza alcuna interferenza nella sfera sessuale della vittima» non possa essere oggettivamente considerato come atto sessuale alla stregua del suo significato sociale.

Un ragionamento raffinato ma, al tempo stesso, problematico: la natura sessuale di un atto è tale non solo quando obiettivamente valutata e calata nel contesto culturale di riferimento, ma anche quando, in relazione alle circostanze del caso concreto, la acquisisca, per derivazione, dalla condotta nel cui ambito l'atto viene compiuto.

Tale orientamento trae origine da una recente pronuncia⁹ nella quale i giudici di legittimità hanno precisato come «ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, la rilevanza di tutti quegli atti che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci e gli abbracci, costituisce oggetto di accertamento da parte del giudice del merito, secondo una valutazione che tenga conto della condotta nel suo complesso, del contesto sociale e culturale in cui l'azione è stata realizzata, della sua incidenza sulla libertà sessuale della persona offesa, dal contesto relazionale intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale».

La Suprema Corte, inoltre, in una recente pronuncia di poco successiva a quella esaminata nel presente contributo, ha puntualizzato che «per decifrare il significato di atto sessuale è necessario fare riferimento sia ad un criterio oggettivistico-anatomico (parti del corpo attinte), sia ad un criterio oggettivistico-contestuale, che tenga cioè conto del “contesto di azione”, in maniera che dalle modalità della condotta nel suo complesso e da altri elementi significativi si accerti se vi è stata o meno una indebita compressione della libera determinazione della sfera sessuale altrui, accertamento che, implicando valutazione fattuali spetta al giudice del merito compiere e che, se adeguatamente e logicamente motivato, si sottrae al controllo di legittimità»¹⁰.

⁹ Così Cass. pen., sez. III, 26 novembre 2014, n.964.

¹⁰ Il riferimento è a Cass. pen., sez. III, 29 agosto 2016, n. 35591, nella quale la Suprema Corte ha confermato le conclusioni della Corte di Appello dell'Aquila che aveva condannato il ricorrente

Dalla preistoria degli atti di congiunzione carnale e di libidine, il futuro dei reati sessuali si colora così di nuove prospettive, portando con sé il dubbio sulla fondatezza del progressivo ampliamento della discrezionalità giurisdizionale in materia.

La conclusione cui è pervenuta la Cassazione desta inoltre perplessità se letta in relazione al principio di offensività secondo il primo dell'art. 25, co. 2 Cost., visto che presume di rendere penalmente rilevante "per derivazione" una condotta che, invece, è naturalmente inoffensiva. A ciò si aggiunge il rischio di spostare sul piano della tipicità degli elementi costitutivi del reato considerazioni che dovrebbero rimanere circoscritte a quello degli "accidentalia delicti", forzando una seconda volta il principio di legalità.

In conclusione la Cassazione focalizza l'attenzione sulle modalità repentine e insidiose della condotta, che di per sé sono indicatori di un agire violento e in astratto punibile come violenza privata ex art. 610 c.p., non potendo avere alcuna incidenza sulla natura dell'atto compiuto.

L'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale, infatti, oltre a consistere nella violenza fisica o nell'intimidazione psicologica sufficiente a provocare la coazione della vittima, si configura anche quando sono posti in essere atti sessuali repentini, compiuti improvvisamente all'insaputa della persona destinataria, così ponendola nell'impossibilità di difendersi¹¹.

Per le ragioni esposte, i giudici della nomofilachia hanno ritenuto di riqualificare come violenza privata il reato contestato nel caso di specie la sentenza è stata annullata e rinviata alla Corte d'appello per la parte relativa al trattamento sanzionatorio.

4. Osservazioni conclusive

In conclusione merita sottolineare, seppur breve, la risposta fornita dalla Suprema Corte all'ultimo motivo di doglianza introdotto dal ricorrente, concernente la mancanza di motivazione al diniego delle attenuanti generiche da parte della Corte territoriale.

I giudici hanno ritenuto la censura manifestamente infondata e mal posta in quanto impropriamente "afastellata", insieme agli altri motivi di gravame, nello spettro del vizio di violazione di legge.

La Corte d'Appello, infatti, ha fatto buon uso dell'istituto in fede all'orientamento dominante in seno alla giurisprudenza di legittimità¹², secondo il quale

per il reato di cui agli art. 612 e 609-bis c.p. perché, dopo aver minacciato di morte la persona offesa, le aveva palpeggiato il seno e, con una condotta insidiosamente rapida, le aveva leccato il viso dal mento al naso, costringendola a subire atti sessuali contrari alla sua volontà.

¹¹ In tal senso Cass. pen., sez. III, 18 luglio 2014, n. 46170; Cass. pen., sez. III, 15 giugno 2010, n. 27273.

¹² Così, *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 19 ottobre 1992, n. 11361; tra le più recenti Cass. pen., sez. II, 2 dicembre 2008, n. 2769; Cass. pen., sez. II, 10 luglio 2009, n. 38383 e Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2013, n. 7562.

«in tema di attenuanti generiche, posto che la ragion d'essere della relativa previsione normativa è quella di consentire al giudice un adeguamento, in senso più favorevole all'imputato, della sanzione prevista dalla legge, in considerazione di peculiari e non codificabili connotazioni tanto del fatto quanto del soggetto che di esso si è reso responsabile, ne deriva che la meritevolezza di detto adeguamento non può mai essere data per scontata o presunta, sì da dar luogo all'obbligo, per il giudice, ove questi ritenga invece di escluderla, di giustificarla sotto ogni possibile profilo, l'affermata insussistenza. Al contrario, è la suindicata meritevolezza che necessita essa stessa, quando se ne affermi l'esistenza, di apposita motivazione».

L'obbligo di motivazione circa la (non)concessione delle attenuanti generiche, previste dall'art. 62-bis c.p., quale archetipo delle attenuanti atipiche, esiste solo in positivo, ossia quando il giudice ravvisi quel collegamento funzionale¹³ tra circostanze concrete, non aprioristicamente codificabili, e fatto commesso, tale da giustificare una modifica in *melius* del trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie incriminatrice.

Ancora una volta grazie alle pronunce della Suprema Corte è possibile riflettere su un dato che è sotto gli occhi di tutti gli "addetti ai lavori": il diritto penale italiano vive una stagione di "fuga dal codice" sempre più inoltrata, in ragione dell'adeguamento delle ragioni punitive alle garanzie costituzionali altrimenti neglette dall'inesorabile obsolescenza cui conduce l'asfittico positivismismo.

Un fenomeno, dunque, anomalo rispetto agli standard neoformalistici della legalità, che trova nella giurisprudenza l'unica fonte in grado di riempire le vuote etichette normative spesso lontane dalle reali esigenze della vita concreta, investendo il giudice del ruolo di "garante della complessità strutturale del diritto"¹⁴.

¹³ Nella sentenza in epigrafe i giudici non utilizzano l'espressione "collegamento funzionale" per descrivere l'istituto delle circostanze attenuanti generiche, ma è possibile applicarlo in forza di una spiccata similarità con il funzionamento della recidiva. Per tale istituto, infatti, la giurisprudenza consolidata, a fronte della facoltatività della discussa circostanza aggravante, ha elaborato il criterio del collegamento funzionale nei termini di una relazione concreta tra fatto commesso e reo, sintomatica di una maggiore proclività a delinquere, che il giudice accerta ed applica con l'effetto di paralizzare le circostanze attenuanti concorrenti. Qualora il giudice non ritenga di applicarla non è tuttavia gravato da alcun obbligo di motivazione, proprio come nel caso della non concessione delle attenuanti generiche. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, peraltro, all'imputato era stata contestata la recidiva infra-quinquennale.

¹⁴ Cit. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 200 e ss.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

Non sussiste l'aggravante della destrezza se il soggetto agente approfitta di una temporanea distrazione della persona offesa

abstract

The United Sections have been called upon to interpret an interpretive contrast to decide, if in the crime of theft, the aggravating circumstance of dexterity, 625 c.p., para. 1, n. 4, it can be configurable when the subject agent is limited to taking advantage of a temporary distraction of the injured person.

They clarify the Unity Sections, in accordance with the principle of offensiveness, to perceive the aggravating one, it is necessary that action is not merely the mere subtraction of good, but facilitated by the other inattention or momentary absence, but reveals features of capacity and offensive efficiency that increases the chances of bringing it to completion and more seriously offend the heritage.

If the theft is carried out in the face of the distraction of the possessor, or of the unattended abandonment of the good, though for a short period of time, which are not preordained and caused by the author, nor accompanied by other insidious and skillful modes that diverge The attention from the thing, the fact manifests itself in the ordinary ordinary mode of action, which is incapable of severely and gravely defeating the well-preserved good and is devoid of the further disqualification required to make the aggravating circumstance and justify more serious punishment.

keywords

Theft – Aggravating circumstance – Dexterity.

abstract

Le Sezioni unite, sono state chiamate a dirimere un contrasto interpretativo per decidere, se nel delitto di furto, la circostanza aggravante della destrezza, prevista dall'art. 625 c.p., comma 1, n. 4, sia configurabile quando il soggetto agente si limiti ad approfittare di una situazione di temporanea distrazione della persona offesa. Sul punto, chiariscono le Sezioni unite, in ossequio al principio di offensività, per ravvisare l'aggravante, è necessario che l'agire non si limiti alla mera sottrazione del bene, pur facilitata dall'altrui disattenzione o dalla momentanea assenza, ma riveli connotati di capacità ed efficienza offensiva che incrementino le possibilità di portarlo a compimento ed offendano più seriamente il patrimonio. In altri termini, se il furto si realizza a fronte della distrazione del detentore, o dell'abbandono incustodito del bene, anche se per un breve lasso di tempo, che non siano preordinati e cagionati dall'autore, nè accompagnati da altre modalità insidiose e abili che ne divergono l'attenzione dalla cosa, il fatto manifesta la sola ordinaria modalità furtiva, inidonea a ledere più intensamente e gravemente il bene tutelato ed è privo dell'ulteriore disvalore preteso per realizzare la circostanza aggravante e per giustificare punizione più seria.

parole chiave

Furto – Circostanza aggravante – Destrezza.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite sentenza 27 aprile 2017, dep. 12 luglio 2017, n. 34090

Furto con destrezza – Situazione di temporanea distrazione della persona offesa – Circostanza aggravante – Insussistenza

La circostanza aggravante della destrezza di cui all'art. 625 c.p., comma 1, n. 4, richiede un comportamento dell'agente, posto in essere prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui, caratterizzato da particolare abilità, astuzia o avvedutezza, idoneo a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza sul bene stesso; sicché non sussiste detta aggravante nell'ipotesi di furto commesso da chi si limiti ad approfittare di situazioni, dallo stesso non provocate, di disattenzione o di momentaneo allontanamento del detentore dalla cosa

Le Sezioni unite sono chiamate a risolvere la questione di diritto compendiata nel seguente quesito « se, nel delitto di furto, la circostanza aggravante della destrezza, prevista dall'art. 625 c.p., comma 1, n. 4, sia configurabile quando il soggetto agente si limiti ad approfittare di una situazione di temporanea distrazione della persona offesa».

Il contrasto interpretativo, acuito in tempi recenti, sorge dalla circostanza che la disposizione codicistica di cui all'art. 625 c.p., comma 1, n. 4, non contiene esplicite definizioni del concetto di "destrezza" e/o indicazioni esemplificative per definire tale particolare condotta.

Ciò ha determinato recentemente divergenti interpretazioni che hanno richiesto l'intervento delle Sezioni unite la cui soluzione non assume valore soltanto sul piano dogmatico, ma riveste rilievo concreto perché la soluzione prescelta incide sul regime di procedibilità dell'azione penale, essendo l'autore del furto aggravato, e non di quello semplice, perseguibile d'ufficio e dipendendo dal riconoscimento della fattispecie aggravata, col conseguente innalzamento dei limiti sanzionatori, la possibilità di applicazione della causa di non punibilità della speciale tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p.

Un primo indirizzo, riconosce la circostanza aggravante in esame in ogni situazione in cui l'agente colga l'occasione favorente la realizzazione dell'impossessamento, inclusa la momentanea sospensione da parte della persona offesa del controllo sul bene, perché poco attenta, oppure per essere impegnata, nello stesso luogo di detenzione della cosa o in luogo immediatamente prossimo, a svolgere le proprie attività di vita o di lavoro.¹

Un secondo indirizzo, esclude la destrezza nella condotta di chi si avvalga di un momento di distrazione o del temporaneo allontanamento dal bene del suo detentore, in entrambi i casi non provocato dall'attività dell'autore del furto, perché l'azione non presenta alcun tratto di abilità esecutiva o di scaltrezza

nell'elusione del controllo dell'avente diritto, ma al più l'audacia e la temerarietà di sfidare il rischio di essere sorpresi.²

Il Supremo Consesso ritiene di aderire al secondo indirizzo giurisprudenziale di seguito ad una approfondita disamina storico-sistematica della disposizione codicistica.

Infatti, secondo l'art. 403, comma 1, n. 4, vigente sotto il Codice Zanardelli era testuale la previsione del duplice requisito dell'applicazione della destrezza nei confronti del soggetto passivo e del compimento dell'azione in luogo accessibile senza limitazioni, nel quale questi non potesse avvalersi di specifici mezzi di protezione dei propri averi, esposti all'altrui aggressione. Secondo il Codice Rocco, è stata mantenuta la individuazione della destrezza quale situazione tipica costituente aggravante, ma né è stato ampliato l'ambito applicativo con la soppressione del requisito personale e spaziale.

L'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, nell'applicazione dei casi concreti ha provato di volta in volta a definire il significato di destrezza: nel linguaggio comune individua, sotto il profilo materiale, l'accortezza, la rapidità, l'agilità e la prestanza nel compiere una determinata azione; sotto il profilo psicologico, individua il saper superare le difficoltà e raggiungere l'obiettivo prefissatosi.

Tali concetti riferendoli al contesto giuridico ed al furto in particolare hanno indotto la Giurisprudenza ad individuare nella destrezza un elemento specializzante della fattispecie base attribuendogli il significato di abilità motoria e sveltezza intese in senso fisico, oppure di avvedutezza e scaltrezza, quali doti intellettive, in entrambi i casi applicate e manifestate nel compiere l'impossessamento del bene altrui in modo tale da eludere, sviare, impedire la sorveglianza da parte del possessore e da rendere più insidiosa ed efficace la condotta.

L'analisi delle situazioni concrete, oggetto di pronunciamiento, fa emergere che la capacità operativa, tale da integrare la destrezza, è stata riconosciuta in condotte tipicamente improvvise e repentine, come nel comportamento chiamato per prassi borseggio, nel quale l'agente riesce con gesto rapido ed accorto a porre in essere tutte le cautele necessarie per evitare che la persona offesa si renda conto dell'asportazione in atto dalla sua persona o dei suoi accessori³ ma anche quando la modalità esecutiva sia astuta, avveduta e

¹ Tra le tante, sez. 5, 18 febbraio 2015, n. 20954, Marcelli, Rv. 265291; sez. 5, 16 giugno 2016, n. 3807, dep. 2017, Pagano, Rv. 268993; sez. 5, 11 aprile 2016, n. 26749, Ouerghi, Rv. 267266; sez. 5, 24 novembre 2015, n. 6213, dep. 2016, Stepich, Rv. 266096; sez. 2, 15 gennaio 2015, n. 18682, Bono, Rv. 263517; sez. 5, 17 dicembre 2014, n. 7314 H, Rv. 262745; sez. 5, 30 ottobre 2013, n. 640, dep. 2014, Rainart, Rv. 257948; sez. 6, 07 giugno 2012, n. 23108, Antenucci, Rv. 252886, per le quali, poiché la disposizione di cui all'art. 625 c.p., comma 1, n. 4, non pretende necessariamente l'impiego di doti eccezionali applicate nella sottrazione e tali da impedire al derubato di averne contezza, ricorre l'aggravante della destrezza e l'abilità operativa dell'autore del furto nella condotta di chi sottrae beni da un'autovettura lasciata in sosta sulla pubblica via priva di chiusura, oppure da uno studio medico, da una stanza di degenza ospedaliera, da un negozio o da un cantiere edile, estrinsecandosi tale fattispecie nell'approfittamento della condizione disattenta del soggetto passivo, distratto da altre occupazioni o comunque poco concentrato nella sorveglianza dei propri averi.

² Si vedano a conforto di questo secondo orientamento: sez. 4, 10 novembre 2015, n. 46977, Cammareri, Rv. 265051; sez. 2, 18 febbraio 2015, n. 9374, Di Battista, Rv. 263235; sez. 5, 18 febbraio 2014, Rapposelli, n. 12473, Rv. 259877; sez. 5, 11 febbraio 2013, n. 19344, T.E.M., Rv. 255380; sez. 5, 22 dicembre 2009, n. 11079, dep. 2010, Bonucci, Rv. 246888; sez. 4, 17 febbraio 2009, n. 14992, Scalise, Rv. 243207; sez. 4, 10 maggio 2007, n. 42672, Aspa, Rv. 238296.

³ Sez. 2, 16 aprile 1969, n. 946, Reibaldi, Rv. 112022; sez. 2, 17 marzo 1975, n. 6728, Principessa, Rv. 130813.

circospetta, presenti un connotato più psicologico che fisico, sempre che sia in grado in astratto di superare il controllo e la vigilanza esercitata dalla persona offesa⁴

In alcuni casi, per la definizione normativa della fattispecie aggravata in esame si è ammesso che la “condotta destra” possa investire tanto la persona del derubato, come nel caso del borseggio, quanto direttamente il bene sottratto se non si trovi sul soggetto passivo ma sia alla sua portata e questi eserciti la vigilanza sullo stesso, anche se non a stretto contatto fisico.⁵

Inoltre, per configurare la circostanza aggravante in esame si è ritenuto che la norma di riferimento non esiga un’abilità eccezionale o straordinaria, né la sicura e dimostrata efficienza del gesto esecutivo, che potrebbe anche essere percepito dalla parte lesa o da terzi, né il conseguimento di un risultato appropriativo concreto, dipendente dalla manovra qualificabile come destra, in modo tale da riconoscere la circostanza quando dalle modalità agili o astute di commissione discenda il compimento del furto con successo, e da negarla quando il derubato, nonostante l’abilità operativa dell’agente, si sia accorto dell’azione criminosa nell’atto della sua perpetrazione. L’atteggiamento soggettivo della vittima e la sua eventuale percezione del reato in corso di realizzazione sono dunque privi di rilievo, potendo al più far arrestare l’azione al livello esecutivo del tentativo.⁶

Le puntualizzazioni concettuali richiamate secondo le Sezioni unite danno conto della ratio della circostanza aggravante: il fatto criminoso presenta più marcato disvalore perché l’altrui patrimonio è oggetto di aggressione compiuta con modalità più efficaci in quanto rapide, agili, oppure scaltre ed avvedute, dimostrative di incrementata pericolosità sociale ed in grado di menomare la difesa delle cose. Tuttavia osservano ancora i Supremi Giudici che se tali rilievi, da un lato, illuminano sul contenuto di antiggiuridicità dell’aggravante, dall’altro non sciolgono il nodo interpretativo che pongono le situazioni in cui l’agente non determini la disattenzione della persona offesa, frutto di causa diversa ed autonoma dal suo operato.

Si è riconosciuta altresì, la destrezza per l’approfittamento di una condizione favorevole appositamente creata per allentare la sorveglianza e neutralizzarne gli effetti.⁷

Ben diversa è la situazione concreta che si presenta quando l’agente non operi per creare le condizioni favorevoli alla sottrazione, ma si limiti a percepirla nella

realtà fenomenologica a lui esterna ed a volgerle a proprio favore, inserendovi la propria azione appropriativa del bene altrui.

L’opinione favorevole a qualificare come destra siffatta condotta fa leva sulla ricostruzione dell’istituto come non richiedente nel soggetto attivo un’abilità eccezionale e straordinaria, per effetto della quale il derubato non abbia modo di accorgersi della sottrazione⁸ e, nell’assenza di puntuali definizioni normative, ritiene l’aggravante integrata dall’impiego di qualsiasi modalità idonea ad eludere l’attenzione del soggetto passivo sulla commissione del reato. L’indeterminatezza dell’idoneità dell’azione autorizza a ravvisare la destrezza anche nell’approfittamento in sé di una momentanea distrazione del derubato o nel suo temporaneo allontanamento dal bene, senza che alcuna importanza possa attribuirsi all’essere essi stati causati dall’agente, poichè rileva solo lo «stato di tempo e di luogo tale da attenuare la logica attenzione della parte lesa nel mantenere il dominio ed il possesso sulla cosa»⁹

In questi casi, si è valorizzato la capacità dell’agente di comprendere il contesto fattuale in cui interviene e le dinamiche delle azioni altrui, nonché di sfruttare, con prontezza di reazione e di decisione, le opportunità favorevoli a superare la normale vigilanza dell’uomo medio ed a realizzare l’impossessamento, perché tale condotta è compiuta grazie all’approfittamento delle vantaggiose opportunità del momento, anche se non provocate, e rivela la maggiore pericolosità del reo.

Le Sezioni unite non concordano con siffatta impostazione in quanto non offrendo soluzioni immediate il criterio prioritario dell’interpretazione letterale della norma, ritengono si debba fare ricorso al canone ermeneutico logico e sistematico e quindi a quello teleologico, che integrano il senso delle espressioni linguistiche mediante la considerazione coordinata del testo della previsione normativa nell’ambito del sistema normativo in cui esso è collocato e della sua *ratio*.

La concretizzazione del concetto di destrezza può ricavarsi in primo luogo dal raffronto sistematico con la fattispecie basilare del furto non aggravato come delineata dal legislatore all’art. 624 c.p. Se effettivamente la disposizione dell’art. 625 c.p. non pretende perché si configuri la destrezza che l’autore del furto faccia ricorso a doti di eccezionale o straordinaria abilità, che la dottrina definisce “virtuosismo criminale”, ciò nonostante la modalità della condotta destra deve esprimersi in un *quid pluris* rispetto all’ordinaria materialità del fatto di reato, che si aggiunga a quanto ordinariamente richiesto per porre in essere la condotta furtiva, consistente nella sottrazione della cosa e nel conseguente suo impossessamento, che identificano l’essenza della fattispecie di asportazione unilaterale e qualificano il

⁴ Sez. 2, 23 gennaio 1974, n. 6027 Cardini, Rv. 127987.

⁵ Sez. 2, 15 novembre 1972, n. 2016, Fracassi, Rv. 124003; sez. 2, 21 febbraio 1972, n. 4781, Bianco, Rv. 121503.

⁶ Sez. 2, 08 giugno 1973, n. 445, dep. 1974, Buonanno, Rv. 125990.

⁷ Sez. 2, 17 marzo 1970, n. 658, De Silvio, Rv. 117339; sez. 3, 08 maggio 2007, n. 35872, Alia, Rv. 237285; sez. 4, 17 marzo 2009, n. 13074, Alafleur, Rv. 243876; sez. 5, 02 dicembre 2010, n. 10144, Bobovicz, Rv. 249831; sez. 5, 30 ottobre 2013, n. 640, dep. 2014, Rainart, Rv. 257948.

⁸ Sez. 2, 11 ottobre 1978, n. 1022, Montariello, Rv. 140954.

⁹ Sez. 2, 28 gennaio 1977, n. 7416, Iorio, Rv. 136169; sez. 2, 04 luglio 1986, n. 335, dep. 1987, Di Renzo, Rv. 174825; sez. 5, 18 febbraio 2015, n. 20954, Marcelli, Rv. 265291.

suo disvalore. In altri termini, - aggiungono i Giudici delle Sezioni unite - la modalità esecutiva, per dare luogo all'aggravante, deve potersi distinguere dal fatto tipico, che realizza il furto semplice, deve rivelare un tratto specializzante ed aggiuntivo rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie basilare, costituito dall'abilità esecutiva dell'autore nell'appropriarsi della cosa altrui, che sorprenda o neutralizzi la sorveglianza sulla stessa esercitata e disveli la sua maggiore capacità criminale e la più efficace attitudine a ledere il bene giuridico protetto.

Ne discende che il furto di un bene perpetrato da chi colga a proprio vantaggio l'occasione propizia offerta dall'altrui disattenzione, non artatamente e preventivamente cagionata, non presenta i caratteri della destrezza, ossia dell'elemento strutturale della fattispecie di furto circostanziato, tipizzato dall'art. 625 c.p., comma 1, n. 4, configurabile soltanto quanto il soggetto attivo si avvalga di una particolare capacità operativa, superiore a quella da impiegare per perpetrare il furto, nel distogliere o allentare la vigilanza sui propri beni, esercitata dal detentore. Sempre sul piano sistematico, ritengono le Sezioni unite che utili argomenti per la soluzione del quesito giuridico siano rinvenibili nella disposizione contenuta nell'art. 625 c.p., comma 1, n. 6, che qualifica come ulteriore circostanza aggravante l'essere stato il furto «commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande».

La norma prende in considerazione la particolare condizione del soggetto passivo quando si sposti dalla dimora o residenza abituale verso altra località e debba affrontare la difficoltà di portare con sé degli oggetti, a servizio delle proprie necessità, comodità o utilità personali, anche inerenti all'attività lavorativa o alle finalità del viaggio, costituenti il bagaglio che ha l'esigenza di trasportare mediante un qualsiasi mezzo di locomozione in luoghi ove si concentra una moltitudine di altre persone. Il legislatore ha inteso assegnare uno specifico rilievo nella considerazione dell'incrementata gravità della condotta spoliativa al suo compimento in situazioni di affollamento, confusione ed estraneità del luogo, che nella vittima possono provocare disorientamento ed il possibile allentamento dell'usuale livello di controllo su quanto condotto con sé come bagaglio, con la conseguente più difficoltosa e meno efficace sua sorveglianza, che ne agevola l'asportazione da parte di chi, trovatosi sul mezzo di trasporto o nel punto di sosta, approfitti dell'opportunità favorevole per perpetrare il furto.

Con l'assegnazione al delitto commesso in danno di viaggiatori di un autonomo rilievo quale elemento accidentale il legislatore ha inteso valorizzare i contesti concreti che nella realtà degli accadimenti quotidiani facilitano la distrazione del detentore, perché concentrato sulle implicazioni del viaggio, e l'asportazione

dei suoi beni ad opera di chi, senza avere provocato la condizione di attenuata difesa del patrimonio, volga quello stato di fatto a proprio vantaggio per appropriarsi del bagaglio.

Da tale autonoma previsione normativa, deve trarsene che, nelle valutazioni del legislatore, lo stato di disattenzione della vittima, autonomamente insorto, e l'approfittamento dello stesso quale condizione favorente l'aggressione al suo patrimonio sono stati già considerati elementi strutturali della fattispecie tipica di furto aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p., comma 1, n. 6 e non possono dar luogo, in differente contesto fattuale, all'autonoma e diversa circostanza aggravante dell'aver agito con destrezza.

Alle medesime conclusioni si perviene se si esamina l'aggravante in riferimento al bene giuridico protetto ed alla sua offesa, che costituisce il fondamento giustificativo dell'incriminazione. Perché si realizzi la fattispecie circostanziale il fatto di reato deve presentare una modalità attuativa caratterizzata da un'incrementata capacità di ledere il bene protetto, che dia conto delle ragioni dell'aggravamento della punizione del suo autore. Sul punto, le Sezioni unite hanno dato seguito alla linea interpretativa già espressa dalle medesime Sezioni unite nella sentenza n. 40354 del 18 luglio 2013, Sciuscio, Rv. 255974, in riferimento alla circostanza aggravante dell'uso del mezzo fraudolento, di cui all'art. 625 c.p., comma 1, n. 2, che presenta significative assonanze con la destrezza, implicando anch'essa un grado più intenso di capacità appropriativa, rivelata dalle specifiche modalità dell'azione di aggressione dell'altrui patrimonio.

Nell'autorevole pronuncia richiamata venne eseguita una disamina della norma incriminatrice in base al principio di offensività, nel quale si riassume l'esigenza dell'ordinamento che il comportamento umano che infrange il precetto penale realizzi un evento naturalistico, ma anche una lesione al bene della vita tutelato dal comando violato. Assume rilievo, per le ricadute sulla soluzione del quesito all'esame, l'estensione del principio di offensività alle circostanze del reato, che ha già trovato avallo nella giurisprudenza costituzionale¹⁰ ossia a quegli elementi accidentali che si aggiungono al fatto di reato tipico di base e ne accrescono il disvalore, per tale ragione soggetto a punizione più severa.

Ritiene il Supremo Consesso che, riferendo i medesimi criteri al furto con destrezza, qualificato da una condotta spoliativa attuata con particolare ingegno, astuzia e scaltrezza e da una risposta punitiva gravosa,

¹⁰ Si veda Corte cost., sent. n. 249 del 2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61 c.p., comma 1, n. 11-bis, e sent. n. 251 del 2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 c.p., comma 4, nella parte in cui vieta la prevalenza della circostanza attenuante di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, sulla recidiva di cui all'art. 99 c.p., comma 4.

che sanziona più seriamente le condizioni di minorata difesa delle cose di fronte all'abilità dell'agente, per poter ravvisare l'aggravante, è necessario che l'agire non si limiti alla mera sottrazione del bene, pur facilitata dall'altrui disattenzione o dalla momentanea assenza, ma riveli connotati di capacità ed efficienza offensiva che incrementino le possibilità di portarlo a compimento ed offendano più seriamente il patrimonio.

Se il furto si realizza a fronte della distrazione del detentore, o dell'abbandono incustodito del bene, anche se per un breve lasso di tempo, che non siano preordinati e cagionati dall'autore, né accompagnati da altre modalità insidiose e abili che ne divergono l'attenzione dalla cosa, il fatto manifesta la sola ordinaria modalità furtiva, inidonea a ledere più intensamente e gravemente il bene tutelato ed è privo dell'ulteriore disvalore preteso per realizzare la circostanza aggravante e per giustificare una punizione più seria.

Tali osservazioni portano a condividere l'orientamento che propugna una nozione più restrittiva di destrezza in quanto assegnare valore qualificante alla sola prontezza nell'avvalersi della situazione favorevole comunque creatasi significherebbe valorizzare la componente soggettiva del reato e la pericolosità individuale, ponendo in secondo piano la "materialità del fatto" come concretamente offensivo del bene giuridico, in contrasto col principio di cui all'art. 25 Cost., comma 2, che, menzionando il fatto commesso, esclude che il reato possa essere considerato in termini di sola rimproverabilità soggettiva e con la stessa natura oggettiva della circostanza.

Sulla scorta della disamina dell'istituto, compiuta con criterio storico-sistematico e teleologico, le Sezioni unite hanno formulato il seguente principio di diritto: « La circostanza aggravante della destrezza di cui all'art. 625 c.p., comma 1, n. 4, richiede un comportamento dell'agente, posto in essere prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui, caratterizzato da particolare abilità, astuzia o avvedutezza, idoneo a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza sul bene stesso; sicché non sussiste detta aggravante nell'ipotesi di furto commesso da chi si limiti ad approfittare di situazioni, dallo stesso non provocate, di disattenzione o di momentaneo allontanamento del detentore dalla cosa »

Rassegna di legittimità

Bellezze naturali (protezione delle) - Deturpamento - Distruzione o deturpamento - Art. 734 c.p. - Norma penale in bianco - Esclusione - Luoghi "soggetti alla speciale protezione dell'autorità" - Individuazione - Criteri - Fattispecie.

In tema di protezione delle bellezze naturali, il reato di cui all'art. 734 c.p. non è norma penale in bianco, essendo il disvalore focalizzato sull'evento causato dalla condotta dell'agente, e non anche sulla violazione di un precetto individuabile altrove; ne deriva che il riferimento alla "speciale protezione dell'autorità", contenuto nel predetto articolo, ha solo la funzione di delimitare l'oggetto dell'azione, nel senso che il reato è configurabile solo in relazione ai luoghi individuati da un qualsiasi provvedimento, legislativo o amministrativo, come meritevoli di una tutela particolare e specifica. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione di condanna emessa in relazione a condotte poste in essere in zona che, nel vigente Piano Territoriale Paesistico Regionale, era stata dichiarata "ambito di elevata naturalità").

Cass., sez. 3, sentenza 24 maggio 2017, n. 31282
(dep. 22 giugno 2017) Rv. 270277
Pres. Fiale, Rel. Ramacci, Imp. PG in proc. Merelli e altri, P.M. Di Nardo (Diff.)
(Rigetta in parte, App. Brescia, 21 aprile 2016)

Edilizia - Costruzione edilizia - Immobile abusivo - Progettista non direttore dei lavori - Responsabilità a titolo di concorso - Sufficienza - Esclusione.

La sola veste di progettista di un manufatto abusivo non consente, di per sé, di ravvisare il concorso nel del reato di cui all'art. 44 T.U. Urb., neanche a titolo di concorso, atteso che la fase di redazione di un progetto, anche se difforme dalla normativa vigente, va tenuta distinta da quella di direzione dei lavori, e non può configurarsi un nesso di causalità tra la redazione del progetto e l'attività di attuazione dello stesso, soltanto per la quale sussiste rilevanza penale, ed alla quale il progettista deve avere fornito un apporto concreto ed ulteriore, rispetto alla redazione del progetto.

Cass., sez. 3, sentenza 24 maggio 2017, n. 31282
(dep. 22 giugno 2017) Rv. 270278
Pres. Fiale, Rel. Ramacci, Imp. PG in proc. Merelli e altri, P.M. Di Nardo (Diff.)
(Rigetta in parte, App. Brescia, 21 aprile 2016)

Edilizia - In genere - Permesso di costruire - Sopravvenuta disciplina urbanistica incompatibile con l'intervento assentito - Previsione di cui all'art. 15 comma quarto d.P.R. n. 380 del 2001 - Applicabilità - Presupposti - Individuazione.

In tema di reati edilizi, la disposizione di cui all'art. 15, comma quarto, d.P.R. n. 380 del 2001 - secondo cui il permesso di costruire decade con l'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche, salvo che i lavori siano già iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio - riguarda la sola ipotesi in cui una disciplina, adottata ed approvata "secundum legem", venga sostituita da altra della medesima natura, così da doversi contemperare le esigenze di razionale gestione del territorio (che possono condurre a scelte anche mutevoli nel tempo) e il legittimo affidamento dei consociati su un agire coerente da parte della P.A.; l'art. 15 non trova invece applicazione qualora il titolo abilitativo risulti "ex tunc" illegittimo, sotto qualsivoglia profilo, così da rendere non consentito sin dall'origine l'intervento urbanistico, senza alcun possibile effetto sanante "a posteriori".

Cass., sez. 3, sentenza 17 maggio 2017, n. 30823
(dep. 21 giugno 2017) Rv. 270235
Pres. Amoresano, Rel. Mengoni, Imp. Cervelloni, P.M. Salzano (Conf.)
(Annulla in parte senza rinvio, Trib. lib. Latina, 03 novembre 2016)

Finanze e tributi – In genere – Procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto – Prescrizione del reato – Sentenza della CGUE, Taricco ed altri del 8 settembre 2015 – Disapplicazione della disciplina di cui agli artt. 160 e 161 c.p. – Gravità della frode – Necessità – Fattispecie.

In materia di reati tributari, l'applicazione dei principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande sezione, Taricco ed altri del 8 settembre 2015, C-105/14, in ordine all'obbligo di disapplicazione della disciplina della prescrizione prevista dagli artt. 160 e 161 c.p., se ritenuta idonea a pregiudicare gli obblighi imposti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, presuppone l'esistenza di un procedimento penale riguardante "frodi gravi", da intendersi con riferimento sia alle fattispecie espressamente connotate da frodolenza, sia a quelle che, pur non richiamando espressamente tale requisito della condotta, siano dirette all'evasione dell'Iva, la cui gravità va desunta da tutti i criteri previsti dall'art. 133, primo comma, c.p. (Fattispecie in cui la S.C. ha escluso la gravità della frode essendo l'entità della imposta evasa al di sotto della soglia di punibilità prevista per la fattispecie di mero inadempimento, e trattandosi di un unico episodio di utilizzo in dichiarazione di una fattura per operazione inesistente).

Cass., sez. 3, sentenza 21 aprile 2017, n. 31265

(dep. 22 giugno 2017) Rv. 270193

Pres. Amoresano, Rel. Molino, Imp. P.G. in proc. Schiavolin, P.M. Cuomo (Conf.)

(Rigetta, Trib. Padova, 05 aprile 2016)

Gioco – Gioco d'azzardo – In genere – Apparecchi "totem" – Autorizzazione di pubblica sicurezza – Assenza – Regime sanzionatorio amministrativo – Individuazione.

In materia di apparecchi e congegni di intrattenimento, integra la violazione amministrativa di cui all'art. 1, comma 923, della legge n. 208 del 2015 la messa a disposizione in luoghi pubblici o aperti al pubblico, senza autorizzazione di pubblica sicurezza, di apparecchi del tipo "totem" collegati a piattaforme telematiche che consentano ai clienti di partecipare ai giochi promozionali di cui al d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70; qualora gli stessi apparecchi consentano, invece, giochi d'azzardo, trova applicazione la sanzione amministrativa di cui all'art. 110, comma nono, lett. c) del R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (T.u.l.p.s.).

Cass., sez. 3, sentenza 27 gennaio 2017, n. 30804

(dep. 21 giugno 2017) Rv. 270234

Pres. Amoresano, Rel. Andronio, Imp. Scapin, P.M. Cuomo (Diff.)

(Annulla senza rinvio, Trib. Vicenza, 01 aprile 2016)

Giurisdizione – Cognizione del giudice – In genere – Atto amministrativo – Presupposto del reato – Illegittimità – Questione oggetto di giudicato amministrativo – Preclusione per il giudice penale – Sussistenza – Condizioni – Fattispecie.

La valutazione del giudice penale in ordine alla legittimità di un atto amministrativo, costituente il presupposto di un reato, non è preclusa da un giudicato amministrativo formatosi all'esito di una controversia instaurata sulla base di documentazione incompleta, o comunque fondata su elementi di fatto rappresentati in modo parziale o addirittura non veritiero, sempre che tali criticità risultino da dati obiettivi preesistenti e sconosciuti al giudice amministrativo, ovvero sopravvenuti alla formazione del giudicato. (Nella specie, relativa alla violazione dell'art. 44 T.U. Urb. contestata ad un imprenditore agricolo, la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione di merito che aveva escluso la sussistenza di una preclusione, da giudicato amministrativo, in ordine all'insufficienza del patrimonio edilizio preesistente a soddisfare le esigenze abitative dell'imputato, in quanto tale requisito – presupposto essenziale per il legittimo rilascio del permesso di costruire in zona agricola – era stato valutato dal giudice amministrativo sulla base di una rappresentazione dei luoghi che, in sede penale, era risultata falsa).

Cass., sez. 3, sentenza 24 maggio 2017, n. 31282

(dep. 22 giugno 2017) Rv. 270276

Pres. Fiale, Rel. Ramacci, Imp. PG in proc. Merelli e altri, P.M. Di Nardo (Diff.)

(Rigetta in parte, App. Brescia, 21 aprile 2016)

Procedimenti speciali – Procedimento per decreto – In genere – Notifica presso il domicilio eletto – Impossibilità per insufficienza o inidoneità della elezione – Revoca del decreto – Obbligo – Sussistenza – Ragioni.

L'impossibilità di notificazione del decreto penale di condanna per insufficienza o inidoneità della elezione di domicilio non consente la notificazione presso il difensore, e comporta invece la revoca del decreto, atteso che la situazione risulta assimilabile a quella dell'impossibilità di notificare il decreto a seguito dell'irreperibilità dell'interessato, nella quale l'art. 460, comma quarto, c.p.p. prevede l'obbligo di revocare il provvedimento di condanna.

Cass., sez. 3, sentenza 17 maggio 2017, n. 30825

(dep. 21 giugno 2017) Rv. 270212

Pres. Amoresano, Rel. Mengoni, Imp. P.M. in proc. Cune, P.M. Salzano (Conf.)
(Dichiara inammissibile, G.I.P. Trib. Siracusa, 28 settembre 2016)

Reati contro il patrimonio – Delitti – Furto – Circostanze aggravanti – Destrezza (borseggio) – Presupposti di operatività – Condotta – Particolare abilità – Necessità – Approfittamento della disattenzione o del momentaneo allontanamento del detentore della cosa – Sufficienza – Esclusione.

In tema di furto, la circostanza aggravante della destrezza sussiste qualora l'agente abbia posto in essere, prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui, una condotta caratterizzata da particolari abilità, astuzia o avvedutezza ed idonea a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla "res", non essendo invece sufficiente che egli si limiti ad approfittare di situazioni, non provocate, di disattenzione o di momentaneo allontanamento del detentore medesimo.

Cass., sez. un., sentenza 27 aprile 2017, n. 34090
(dep. 12 luglio 2017) Rv. 270088

Pres. Canzio, Rel. Boni, Imp. Quarticelli, P.M. Rossi (Diff.)
(Annulla senza rinvio, App. Torino, 17 maggio 2016)

Reati contro il patrimonio – Delitti – Furto – In genere – Reato di cui all'art. 624 bis c.p. – Nozione di privata dimora – Presupposti – Fattispecie.

Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 624-bis c.p., rientrano nella nozione di privata dimora esclusivamente i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare, compresi quelli destinati ad attività lavorativa o professionale. (Nella specie la Corte ha escluso l'ipotesi prevista dall'art. 624 bis c.p. in relazione ad un furto commesso all'interno di un ristorante in orario di chiusura).

Cass., sez. un., sentenza 23 marzo 2017, n. 31345
(dep. 22 giugno 2017) Rv. 270076

Pres. Canzio, Rel. Amoresano, Imp. D'Amico, P.M. Stabile (Conf.)
(Annulla con rinvio, App. Ancona, 25 maggio 2015)

Reati contro la moralità pubblica e il buon costume – Delitti: offese al pudore e all'onore sessuale – Atti osceni – In genere – Depenalizzazione dell'ipotesi base a seguito del d.lgs. n. 8 del 2016 – Fattispecie di cui al comma secondo dell'art. 527 c.p. – Rilevanza penale – Persistenza – Luoghi "abituamente frequentati da minori" – Definizione – Casistica.

Ai fini della sussistenza del reato di atti osceni di cui al secondo comma dell'art. 527 c.p. – in precedenza costituente forma aggravata della fattispecie base, prevista al primo comma, depenalizzata dal d.lgs. n. 8 del 2016 – per "luogo abitualmente frequentato da minori" non si intende un sito semplicemente aperto o esposto al pubblico dove si possa trovare un minore, bensì un luogo nel quale, sulla base di una attendibile valutazione statistica, la presenza di più soggetti minori di età ha carattere elettivo e sistematico. (In motivazione, la S.C ha osservato che un tale requisito può essere riconosciuto, a titolo esemplificativo, alle vicinanze di un edificio scolastico, a strade o piazze notoriamente luogo di incontro di adolescenti, a quella parte di giardini pubblici specificamente attrezzata per lo svago dei bambini e dei ragazzi più piccoli, alle zone limitrofe ad istituzioni specificamente vocate alla cura ed assistenza dei minori).

Cass., sez. 3, sentenza 18 ottobre 2016, n. 30798
(dep. 21 giugno 2017) Rv. 270231

Pres. Amoresano, Rel. Gentili, Imp. P., P.M. Corasaniti (Diff.)
(Annulla senza rinvio, App. Trieste, 23 febbraio 2015)

Reati contro la persona – Delitti contro la libertà individuale – Violenza sessuale e corruzione di minorenni – Disposizioni comuni – Elemento oggettivo – Esibizione di materiale pedopornografico a persona minore di età – Reato – Configurabilità.

Ai fini della configurabilità del reato di corruzione di minorenni è sufficiente l'esibizione, a persona minore degli anni 14, di foto pedopornografiche (nella specie minori con genitali in mostra), in modo tale da coinvolgere emotivamente la persona offesa e compromettere la sua libertà sessuale.

Cass., sez. 3, sentenza 19 aprile 2017, n. 31263
(dep. 22 giugno 2017) Rv. 270192

Pres. Amoroso, Rel. Socci, Imp. L., P.M. Canevelli (Conf.)
(Dichiara inammissibile, App. Milano, 27 maggio 2016)

Reato – Circostanze – Attenuanti comuni – Riparazione del danno – Risarcimento del danno – Requisiti – Integralità – Effettività – Necessità – Rilevanza delle condizioni patrimoniali dell'imputato – Esclusione – Ragioni.

Ai fini della configurabilità della circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 6, c.p., il risarcimento del danno deve essere integrale, a nulla valendo le condizioni patrimoniali non abbienti dell'imputato. (In motivazione, la S.C. ha precisato che il presupposto del conseguimento dell'attenuante è l'oggettiva esaustività della riparazione e non, invece, una soggettiva intenzione di risarcire che non abbia potuto riflettersi, per difficoltà economiche, in un risarcimento reale e integrale).

Cass., sez. 3, sentenza 22 giugno 2017, n. 31250

(dep. 22 giugno 2017) Rv. 270211

Pres. Cavallo, Rel. Graziosi, Imp. S., P.M. Baldi (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Torino, 08 aprile 2015)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Appropriazione indebita: condotta penalmente rilevante – Casistica

(art. 646 c.p.)

La condotta di una collaboratrice di società che si appropria indebitamente delle somme riscosse dai clienti è sicuramente riconducibile, sul piano materiale, alla fattispecie di cui all'art. 646 c.p., reato che viene ad essere integrato dalla mera interversione del possesso e che, agli effetti penali, ricorre anche nel caso di una mera detenzione qualificata consistente nell'esercizio sulla cosa di un potere di fatto esercitato al di fuori della sfera di sorveglianza del titolare.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 21 aprile 2017, n. 1005

Appropriazione indebita: compensazione con crediti preesistenti – Esclusione

(art. 646 c.p.)

Nel reato di appropriazione indebita non può operare il principio della compensazione con crediti preesistenti, che non siano certi, liquidi ed esigibili, ovvero che si tratti di crediti determinati nel loro ammontare e non controversi nel titolo.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 21 aprile 2017, n. 1005

Appropriazione indebita: elemento soggettivo – Fine di lucro – Presupposti

(art. 646 c.p.)

Per quanto concerne, poi, il fine di «procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto» che, per espresso dettato normativo, deve necessariamente connotare l'elemento psicologico del delitto in parola, può ben dirsi che, nel caso di specie, il dolo specifico sia, per così dire, in re ipsa, manifestandosi in modo inequivocabile nella mancata restituzione e nella conseguente indebita appropriazione, da parte dell'imputata, delle somme la cui appartenenza ad altri le era, con tutta evidenza, ben nota.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 21 aprile 2017, n. 1005

Circostanze aggravanti: abuso di relazioni – Cessazione del rapporto di lavoro – Irrilevanza

(art. 61 n. 11 c.p.)

La circostanza aggravante di cui all'art. 61 n.11 c.p., si configura in considerazione della disponibilità delle somme avute in quanto rappresentante di zona della società, che ha consentito certamente di trarre profitto dalle condizioni favorevoli create dal rapporto di lavoro. Inoltre, se di norma la possibilità di trarre profitto dal rapporto di fiducia non è più sfruttabile con la cessazione del rapporto di dipendenza o di servizio, la configurabilità della citata aggravante non viene tuttavia meno quando, nonostante la fine del rapporto, l'agente si sia ancora potuto avvalere delle situazioni e degli effetti favorevoli preconstituitosi durante lo svolgimento di esso derivanti dall'affidamento di cui beneficiava.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 21 aprile 2017, n. 1005

Concorso di persone nel reato: concezione unitaria – Condotta rilevante – Presupposti

(art. 110 c.p.)

In base alla predetta concezione unitaria, accolta dall'art. 110 c.p., quindi, l'attività costitutiva del concorso può essere rappresentata da qualsiasi forma di compartecipazione – da un contributo unitario e cosciente, da un apporto causale, materiale e psichico – a tutte o ad alcune delle fasi di ideazione, organizzazione ed esecuzione del reato. La norma citata ha, cioè, una chiara funzione estensiva della punibilità, consentendo di attribuire tipicità a comportamenti che di per sé ne sarebbero privi, quando abbiano in qualsiasi modo contribuito alla realizzazione collettiva. Pertanto, nel caso in cui più persone agiscano in esecuzione di un accordo volto a violare una o più disposizioni di legge, tutte rispondono dei reati commessi, giacché l'azione è unica e sta a carico di ciascun concorrente, il quale ri-

sponde come di azione propria, non solo degli atti da lui compiuti, ma anche di quelli compiuti dagli altri, se diretti al raggiungimento del fine concordato.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444, Pres. Gentile, Est. Capasso

Maltrattamenti in famiglia: condotta penalmente rilevante

(art. 572 c.p.)

Integra il reato di maltrattamenti in famiglia, la condotta autoritaria, aggressiva e violenta dell'uomo il quale, con le proprie reiterate condotte, protrattesi lungo un arco di tempo di assoluto rilievo, sottopone la moglie e le figlie ad un regime di vita insopportabile, ingiuriandole di continuo e percuotendole spesso in maniera tanto rude da procurare alle stesse, in più occasioni, lesioni personali.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe, sentenza 4 luglio 2017, n. 380

Recidiva: presupposti oggettivi e soggettivi

(art. 99 c.p.)

Circa la sussistenza della recidiva, la giurisprudenza più recente espressamente dice che si deve trattare di una ricaduta che sotto il profilo sintomatico denuncia una più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo. E a questo giudizio, il giudice deve pervenire dopo aver fatto una verifica della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale della esistenza di precedenti penali.

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 30 giugno 2017, n. 1706

Ricettazione: elemento oggettivo e soggettivo – Differenze rispetto al reato di riciclaggio

(art. 648 c.p.)

Come è noto, l'art. 648 c.p. sanziona la condotta di chi, consapevole della loro provenienza illecita, acquista, riceve od occulta denaro o cose provento di un qualsiasi altro delitto, ovvero svolga attività di intermediazione nel farli acquistare, ricevere od occultare. Il reato di cui all'art. 648 bis c.p. sanziona, invece, la condotta di chi sostituisce o trasferisce denaro o altre utilità provenienti da delitto non colposo ovvero, con formulazione di chiusura, pone in essere condotte atte ad ostacolare l'identificazione della loro provenienza illecita. In entrambi i casi il presupposto del reato è la provenienza illecita del bene ovvero sia la provenienza da delitto al quale il soggetto non abbia partecipato. Tuttavia, il reato di riciclaggio presenta un elemento specializzante costituito dalla condotta ulteriore volta a ostacolare l'identificazione del mezzo. Nella previsione normativa il delitto si configura, in particolare, come fattispecie a consumazione anticipata per il quale è sufficiente il compimento anche di una sola azione diretta ad ostacolare l'identificazione del bene di illecita provenienza.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444, Pres. Gentile, Est. Capasso

Ricettazione – Riciclaggio: delitto presupposto – Requisiti

(art. 648 - 648-bis c.p.)

Quanto alla esistenza del delitto anteriore – presupposto della condotta ricettativa come di quella di riciclaggio – è consolidato l'orientamento secondo il quale detto reato non debba necessariamente essere accertato in ogni suo estremo fattuale, attraverso la precisa individuazione delle modalità di consumazione di esso, ben potendo desumersi dalla natura e dalle caratteristiche del bene.

Invero ai fini della configurazione del delitto di riciclaggio (così come di ricettazione), non rileva il mancato accertamento giudiziale dei delitti presupposti, ma è sufficiente che, anche in base a prove logiche, il fatto dell'illecita provenienza delle cose acquistate o ricevute risulti positivamente al giudice chiamato a conoscere delle ricettazione ("In tema di riciclaggio, non è necessario che il delitto non colposo presupposto risulti accertato con sentenza passata in giudicato, ma è sufficiente che lo stesso non sia stato giudizialmente escluso, nella sua materialità, in modo definitivo e che il giudice procedente per il reato di cui all'art. 648-bis c.p. ne abbia incidentalmente ritenuto la sussistenza").

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444, Pres. Gentile, Est. Capasso

Riciclaggio: reato complesso – Assorbimento del delitto di ricettazione

(art. 648-bis c.p.)

Il delitto di cui all'art. 648-bis c.p., comprendendo come elemento costitutivo il fatto di ricevere beni di provenienza delittuosa (condotta questa autonomamente punibile ai sensi dell'art. 648 c.p.), deve essere qualificato come reato complesso ai sensi dell'art. 84 c.p., sicché il delitto di ricettazione resta in esso assorbito.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444, Pres. Gentile, Est. Capasso

Riciclaggio – Ricettazione: rapporto specialità tra le norme

(art. 648 - 648-bis c.p.)

Il rapporto di specialità tra le due norme, a prescindere dal fatto di aver in comune l'elemento materiale della disponibilità della res di provenienza illecita, è dimostrato anche dal diverso elemento soggettivo richiesto: il delitto di cui all'art. 648 c.p. richiede infatti una generica finalità di profitto, mentre quello di cui all'art. 648-bis c.p. lo scopo ulteriore di far perdere le tracce dell'origine illecita. Sul punto sono in passato intervenute anche le Sezioni unite della Cassazione che, chiamate a dirimere un contrasto interpretativo sui rapporti tra l'art. 416-bis c.p. e gli artt. 648-bis e 648-ter c.p., hanno tra le righe affermato che «la plurioffensività dei delitti di cui all'art. 648-bis e 648-ter c.p., costituisce uno dei profili che giustificano l'affermazione che il delitto di riciclaggio è speciale rispetto a quello di ricettazione». Giova, infatti, ricordare, che nel nostro ordinamento penale è stata adottata la teoria monistica del concorso di persone del reato, così ripudiando le antiche differenziazioni dottrinarie che si fondavano sulla entità e tipologia del contributo offerto dal compartecipe per optare per il principio della equivalenza delle cause.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444, Pres. Gentile, Est. Capasso

Riciclaggio – Soppressione targa: concorso di reati – Prevedibile

(art. 648-bis c.p. - 477, 482, 490 c.p.)

Il reato di soppressione od occultamento della targa automobilistica, può senza dubbio concorrere con quello di riciclaggio trattandosi di condotte diverse poste a tutela di diversi interessi: nel riciclaggio, infatti, l'attività punitiva è quella che si realizza sulla res di provenienza illecita al fine di ostacolarne l'identificazione, nel delitto di cui all'art. 490 c.p., invece, la condotta penalmente rilevante è quella posta in essere da chi sopprime un atto pubblico o una certificazione amministrativa, ledendo in tal modo alla pubblica fede documentale. Quanto all'elemento soggettivo del reato, deve ritenersi sufficiente il dolo generico, estrinsecatosi nella volontà cosciente e libera e nell'intenzione di distruggere, sopprimere, ed occultare il documento/certificazione facendo venir meno la prova di un determinato accadimento o di una particolare situazione che il contenuto del documento/certificazione tendeva a rappresentare, mentre, non si verificano quando la destinazione probatoria non è compromessa oppure l'atto o la scrittura vengono ricostruiti con equivalenza formale e sostanziale.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444, Pres. Gentile, Est. Capasso

CODICE PROCEDURA PENALE**Valutazione della prova: mere ipotesi – Pregnanza – Esclusione**

(art. 192 c.p.p.)

Gli indizi per essere assunti a fondamento di un giudizio di responsabilità, difatti, non possono consistere in mere ipotesi, congetture o giudizi di verosimiglianza, ma devono essere in grado di esprimere elevata probabilità di derivazione dal fatto noto di quello ignoto (gravità), non essere equivoci (precisione) ed essere convergenti verso un identico risultato (concordanza). Requisiti tutti che devono rivestire il carattere della concorrenza, nel senso che in mancanza anche di uno solo di essi gli indizi non possono assurgere al rango di prova idonea a fondare la responsabilità penale.

Tribunale Nola, coll. A, sentenza 6 giugno 2017, n. 1444, Pres. Gentile, Est. Capasso

LEGGI PENALI SPECIALI**Stupefacenti: circostanza attenuante della lieve entità – Sussistenza – Presupposti**

(art. 73 c. 5 d.P.R. 309/90)

In tema di sostanze stupefacenti, ai fini della concedibilità o del diniego della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, il giudice è tenuto a valutare tutti gli elementi indicati dalla norma, sia quelli concernenti l'azione (mezzi, modalità e circostanze della stessa), sia quelli che attengono all'oggetto materiale del reato (quantità e qualità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa), dovendo, conseguentemente, escludere la concedibilità dell'attenuante quando anche uno solo di questi elementi porti ad escludere che la lesione del bene giuridico protetto sia di "lieve entità".

Tribunale Nola, G.M. De Majo, sentenza 30 giugno 2017, n. 1706

Diritto amministrativo

- TARATURA E VERIFICHE DI FUNZIONALITÀ DEGLI AUTOVELOX: A DUE ANNI DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ARRIVANO LE INDICAZIONI DEL MINISTERO;
PIÙ GARANZIE PER GLI AUTOMOBILISTI 718
di Rosanna Itto
- SULLA DEFINITIVITÀ DELL'ACCERTAMENTO DELLA (IR)REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA
DEI PARTECIPANTI ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO EX ART. 80, C. 4, D. LGS. N. 50 DEL 2016.
Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21 724
di Daniela D'Aponte
- RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI,
SERVIZI E FORNITURE (*d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50*) 730
a cura di Almerina Bove



Rosanna Itto

Funzionario ministero trasporti ed infrastrutture

Taratura e verifiche di funzionalità degli autovelox: a due anni dalla sentenza della Corte Costituzionale arrivano le indicazioni del ministero; più garanzie per gli automobilisti

abstract

After a long conflict between the law courts and the Court of Cassation, the Constitutional Court, with a sentence in 2015, established the necessity of subjecting speed radar detectors (autovelox), through which road traffic offences are assessed, to periodic calibration and functionality checks; nevertheless, only in June 2017, a ministerial decree determined rules for the implementation of this verification to guarantee the correctness of autovelox revelation. This article studies recent case-laws about administrative offences for speeding; moreover, it analyses the main points of the Constitutional Court sentence and its consequences on the Italian legal framework. In the last part, the analysis on new provisions introduced by the ministerial decree.

keywords

Radar detectors (autovelox) – Periodic calibration and functionality checks – Necessity.

abstract

Dopo una lunga contrapposizione tra giudici di merito e di legittimità, la Corte Costituzionale, con una sentenza del 2015, ha stabilito la necessità che gli strumenti di rilevazione a distanza della velocità (i cd autovelox) attraverso cui vengono accertate le infrazioni al codice della strada siano sottoposti a taratura e verifiche di funzionalità periodiche; solo, però, con decreto ministeriale del giugno 2017 si sono regolate con precisione le modalità di tali verifiche e si è definitivamente introdotto un quadro di regole che dovrebbe garantire la correttezza delle rilevazioni degli autovelox medesimi. Con il presente scritto si ripercorrono le posizioni giurisprudenziali degli ultimi anni in materia di accertamento dell'illecito amministrativo relativo all'eccesso di velocità, si esaminano gli snodi principali della sentenza della Corte Costituzionale e le sue ricadute sul sistema normativo ed, infine, le novità introdotte con il recente decreto ministeriale.

parole chiave

Autovelox – Taratura e Verifiche di funzionalità periodiche – Obbligo – Modalità.

sommario

Premessa. – **1.** La divaricazione fra giurisprudenza di merito e legittimità sulla necessità di verifiche di funzio-

zionalità degli autovelox. – **2.** La sentenza n. 113 del 2015 della Corte Costituzionale. – **3.** Le conseguenze della sentenza. – **4.** La necessità di un intervento normativo attuativo delle indicazioni della Consulta. – **5.** Il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 13 giugno 2017. – **6.** Conclusioni.

Premessa

Gli ultimi anni sono stati caratterizzati da un mutamento sostanziale del sistema delle fonti del diritto; senza che sia stato mai messo formalmente in discussione l'impianto delineato dalla Costituzione, la produzione normativa si è via via arricchita di nuovi autori.

Oltre alle fonti sovranazionali, basterebbe pensare ai tanti provvedimenti regolatori emessi dalle autorità indipendenti¹ ma soprattutto alle decisioni "creative" della Corte Costituzionale².

Le regole elettorali o quelle in materia di fecondazione assistita vigenti sono il frutto di interventi apparentemente interpolatori del Giudice delle leggi, ma, nei fatti, sono vere e proprie norme nuove, prodotte dalle sentenze della Corte.

Quella descritta è una situazione nota e dibattuta da tempo dai giuristi³; forse fa meno notizia ma non è meno significativo evidenziare quanto le decisioni della Consulta siano ormai fonte di regolazione anche di ambiti apparentemente considerabili minori.

La prova di quanto si afferma si può proprio trarre da quanto si dirà in questa breve riflessione; la necessità che gli apparecchi di rilevazione della velocità a distanza (i cd autovelox) debbano essere sottoposti a taratura periodica e a verifiche di funzionalità non è stata stabilita dal legislatore, ma introdotta con una

¹ Sulle ragioni per cui nel diritto amministrativo contemporaneo alcuni atti di regolazione generale, anche a contenuto vincolante, siano rimessi alla competenza delle autorità indipendenti, si v. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 177 e ss.

² Nella dottrina costituzionalistica si parla di "sentenze manipolative" con riferimento anche a quei casi in cui la Corte Costituzionale interviene dichiarando incostituzionale una disposizione nella parte in cui non prevede qualcosa che avrebbe dovuto prevedere; così, ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XXXVI, 1987, p. 655.

³ Sulla tematica, più in generale, si v. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007.

recente sentenza della Corte Costituzionale, in particolare la sentenza n. 113 del 2015⁴.

Una decisione che ha avuto un grosso impatto mediatico⁵ e che, per molti aspetti, era attesa da tempo dagli automobilisti e dai cittadini che vedono sempre più (a ragione o a torto non tocca qui investigare) l'autovelox non come uno strumento di accertamento di un grave illecito previsto dal codice della strada, ma come una vera e propria trappola, spesso utilizzata non tanto per la doverosa ed indispensabile funzione di prevenzione degli incidenti stradali, ma per "fare cassa" e cioè per consentire soprattutto agli enti locali di reperire nuove risorse⁶.

1. La divaricazione fra giurisprudenza di merito e legittimità sulla necessità di verifiche di funzionalità degli autovelox

Il tema delle verifiche sulla funzionalità degli apparecchi in questione era già da anni al centro del dibattito giurisprudenziale.

Si erano create, infatti, fin dalla fine del secolo scorso due posizioni, fra loro chiaramente contrapposte.

La giurisprudenza di merito, soprattutto quella onoraria dei giudici pace,⁷ si era attestata, in via maggioritaria, sulla tesi della imprescindibilità dell'assoggettamento a taratura delle apparecchiature in questione.

Essa si faceva derivare, dal punto di vista normativo, dalla legge 11 agosto 1991, n. 273 che, in attuazione di due direttive comunitarie (direttive 317/86 e 83/89 CEE), aveva imposto l'obbligo di taratura degli apparecchi di misurazione elettronica.

Le ragioni sostanziali a sostegno di questa tesi fondavano, però, su una considerazione difficilmente contestabile; la prova fornita dagli autovelox finisce per avere carattere precostituito e non poter essere realmente messa in discussione; questo vantaggio competitivo riconosciuto di fatto all'Amministrazione non

può non essere compensato dalla certezza (o quantomeno dall'assenza di ragionevoli probabilità) che il macchinario utilizzato sia perfettamente funzionante e che le rilevazioni che esso produce non siano frutto di un errore del macchinario.

La giurisprudenza di legittimità, invece, si era attestata, in modo assolutamente consolidato, sulla sponda opposta per ragioni soprattutto formalistiche; riteneva non applicabile la legge del 1991 all'apparecchiatura in oggetto e sufficiente per garantirne la regolarità la sola omologazione originaria della stessa⁸.

All'automobilista, comunque, andava riconosciuto il potere e, quindi, l'onere di contestare che il macchinario potesse avere dei difetti di funzionalità⁹.

Una posizione che, pur se corretta in linea di principio, finiva, di fatto, per non concedere tutela alcuna a colui che veniva raggiunto da una contestazione, perché difficilmente costui avrebbe potuto avere argomenti concreti per contestare il regolare funzionamento del macchinario.

In questa divaricazione netta, ci sarebbe stato evidentemente opportuno spazio per un intervento di chiarificazione legislativa che, raccogliendo le ragioni di giustizia sostanziale sottese all'interpretazione dei giudici di pace, avesse indicato eventuali parametri di verifica di funzionalità di macchinari che, fra l'altro, spesso risultavano utilizzati anche a notevole distanza dal momento in cui erano stati acquistati ed omologati.

Ed, invece, il legislatore si era astenuto dal prendere qualsivoglia posizione, certamente per non mettere in discussione l'efficacia di uno strumento comunque indispensabile per contrastare la piaga degli incidenti stradali ma forse anche per non scontentare gli enti locali che sempre più utilizzavano nei loro bilanci i proventi di queste infrazioni al codice della strada.

Un tentativo di invertire la situazione di impasse creatasi veniva effettuato sottoponendo la questione alla Corte costituzionale; lo faceva nel 2006 il Giudice di Pace di Dolo, con ordinanza con cui eccepiva l'incostituzionalità dell'art. 45 del codice della strada nella parte in cui questa disposizione (dedicata specificamente alla "uniformità della segnaletica, dei mezzi di regolazione e controllo ed omologazioni", come indicato nella relativa rubrica) non prevedeva che gli

⁴ Corte Cost. 18 giugno 2015, n. 113.

⁵ Si v., in questo senso, fra i numerosissimi interventi, CAPRINO - TROVATI, *La Corte costituzionale boccia gli autovelox, multe «irregolari»*, in *www.ilsole24ore.it* del 19 giugno 2015; di una sentenza con "grande eco" sui principali mezzi di informazione" parla TOSCHI VESPASIANI, *Autovelox da sottoporre a verifiche e tarature periodiche: tutte le multe nulle?*, in *Studium iuris*, 2015, p. 1259.

⁶ Le polemiche sull'utilizzo strumentale degli apparecchi autovelox sono molto spesso riportate sui media anche a seguito di esposti e denunce di cittadini o di associazioni di consumatori; fra le tante, di recente, P. DE RUBERTIS, *Stop agli autovelox selvaggi; ma i comuni fanno ancora cassa*, in *Il Fatto quotidiano* del 28 agosto 2017.

⁷ Per un esame della divaricazione che si era creata fra giudici di merito e di legittimità si v. DE SIMONE, *Autovelox e necessità della taratura; ancora un giudice di pace in disaccordo con la corte di Cassazione*, in *Giur merito*, 2011, p. 2082; un'indicazione di numerose decisioni edite dei giudici di merito è contenuta in PALMIERI, *Circolazione stradale, limiti di velocità questioni non manifestatamente infondate di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 586.

⁸ *Ex plurimis*, Cass. 17 giugno 2012, n. 15597, *CED Cass.* n. 620750 la cui massima ufficiale così sanciva «In tema di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada, le apparecchiature elettroniche per la determinazione dell'osservanza dei limiti di velocità, di cui all'art. 142, sesto comma, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, non devono essere sottoposte alle procedure di taratura previste dalla legge 11 agosto 1991, n. 273». Interessante per rilevare quanto la Cassazione ritenesse indiscusso il principio era l'aggiunta, posta dall'ufficio del Massimario in calce alla massima, secondo cui si tratta di «principio affermato ai sensi dell'art. 360 bis, n. 1, cod. proc. civ.».

⁹ Così, da ultimo, Cass. 8 ottobre 2014, n. 21267, *CED Cass.*, n. 632411.

autovelox fossero sottoposti a verifiche di funzionalità e alla necessaria taratura per contrasto agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione¹⁰.

La Corte, però, nel 2007 respingeva l'eccezione, trincerandosi dietro l'esistenza di un limite formale; la questione era manifestamente infondata perché mal posta con riferimento ai parametri di comparazione che avrebbero potuto giustificare la disparità di trattamento ed il contrasto quindi soprattutto con l'art. 3 Cost.¹¹.

Le successivamente proposte doglianze di costituzionalità si infrangevano, invece, sugli scogli della manifesta inammissibilità¹².

La situazione, che sembrava ormai consolidata sulla posizione espressa dalla Cassazione, imprevedibilmente veniva riaperta quando la medesima Corte della Nomofiliachia, abbandonando di fatto la sua tesi rigorosa senza, però, formalmente contraddirla, sollevava di ufficio l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 45 del codice della strada nella parte in cui non prevede che le apparecchiature destinate all'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità siano sottoposte a verifiche di funzionalità e tarature¹³.

Il parametro di possibile incostituzionalità individuato era quello dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo della disparità di trattamento e della irragionevolezza.

In estrema sintesi, il ragionamento dei Giudici di legittimità si incentrava su questa considerazione; se la velocità è oggetto di misurazione attraverso apparecchiature elettroniche è irrazionale che questi strumenti, a differenza di tutti quanti gli altri che analogamente svolgono medesima funzione, non siano sottoposti a valutazioni di funzionalità.

Dal punto di vista formale, la Corte faceva tesoro della indicazione fornita dalla Consulta nel 2007, individuando esattamente il parametro di comparazione proprio nella legge n. 273 del 1991.

¹⁰ G.d.P. Dolo, 19 settembre 2006, in *Merito* 2007, p. 26.

¹¹ Corte Cost. 13 luglio 2007, n. 277, in *Giur. Cost.* 2007, 4 che riteneva che il giudice aveva individuato erroneamente il parametro di comparazione nel d.m. 182 del 2000; secondo DE SIMONE, *Autovelox e necessità della taratura*, cit., 2084, la sentenza della Consulta, pur di rigetto, finiva, però, in alcuni suoi passaggi argomentativi per rafforzare la posizione dei giudici di merito.

¹² Così, Corte Cost., 17 dicembre 2008, n. 423 e Corte Cost., 30 aprile 2009, n. 127. Anche la Cassazione in più occasioni ha dichiarato la manifesta infondatezza di questioni di legittimità sulla specifica questione; ne fa menzione PALMIERI, *Circolazione stradale*, cit., 587, a cui si rinvia sia per i riferimenti più precisi sia perché evidenza come la stessa Procura generale della Corte più volte avesse sollecitato, inutilmente, la Corte a sollevare l'eccezione. Per un esame delle decisioni che hanno preceduto la sentenza della Corte costituzionale del 2015, si v. MUCCIACCIA, *L'obbligo di taratura periodica degli autovelox: un excursus della giurisprudenza fino alla pronuncia della Corte Costituzionale 113 del 2015*, in *Rass. Avv. Stat.* 2016, p. 245.

¹³ Cass. 7 agosto 2014, n. 17766, in *Foro it.* 2015, I, 583.

2. La sentenza n. 113 del 2015 della Corte Costituzionale

In presenza di uno stimolo così autorevole, con la già citata sentenza n. 113 del 2015, la Consulta questa volta avvia un esame della norma del codice stradale sopra indicata sotto il profilo della coerenza interna ed esterna, rilevando come essa finisca per apparire, nella sua applicazione concreta – e cioè nel diritto vivente conseguente all'applicazione della giurisprudenza di legittimità¹⁴ – foriera di evidenti irrazionalità.

In particolare, secondo il Giudice delle leggi, il bilanciamento realizzato dall'art. 142 del codice della strada (norma che sanziona l'eccesso di velocità e stabilisce le regole per l'accertamento dell'illecito) tra interessi pubblici e privati estremamente rilevanti (quali la sicurezza della circolazione, la garanzia dell'ordine pubblico, la preservazione dell'integrità fisica degli individui, la conservazione dei beni) da un lato e la certezza dei rapporti giuridici ed il diritto di difesa del sanzionato dall'altro non può che concretizzarsi attraverso una sorta di presunzione, fondata sull'affidabilità dell'omologazione e della taratura dell'autovelox, che consente di non ritenere pregiudicata oltre un limite ragionevole la certezza della rilevazione e dei sottesi rapporti giuridici.

Il bilanciamento citato indicato riposa – sempre secondo i Giudici – sul ragionevole affidamento connesso alla permanenza della funzionalità delle apparecchiature, che dovrebbe essere garantita da verifiche periodiche conformi alle relative specifiche tecniche.

Ciò comporta che mentre le prescrizioni dell'art. 142 che consentono il ricorso all'autovelox risultano immuni da vizi di proporzionalità e di irragionevolezza, quella dell'art. 45, come costantemente interpretata dalla Corte di Cassazione, si colloca al di fuori del perimetro della ragionevolezza, proprio perché non prevede alcuna verifica di funzionalità degli apparecchi autovelox, finendo, quindi, per comprimere in modo assolutamente ingiustificato la tutela dei soggetti sottoposti ad accertamento.

Ne consegue, in definitiva, che l'art. 45, co. 6, è da ritenersi incostituzionale in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che tutte le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura.

Nelle conclusioni e nel dispositivo la Corte individua, nei fatti, una nuova disposizione, enucleabile dal contrasto non con quanto stabilito dall'art. 45 ma con quanto in esso non previsto; censurando, cioè, un'omissione legislativa fa nascere una nuova norma imperativa, collocata di fatto nel co. 6 dell'art. 45, immediatamente applicabile.

Come si è già in parte accennato poco sopra, si è,

¹⁴ Sul parametro di riferimento individuato più che sul diritto positivo su quello "vivente" si v. FORNARO, *Il diritto vivente nell'autovelox*, in *Riv. dir. econ. tras. amb.*, 2015, p. 465.

quindi, in presenza di un caso classico di sentenza cd manipolativa!¹⁵.

3. Le conseguenze della sentenza

La decisione della Consulta è stata accolta, grazie anche all'ampia pubblicità ricevuta dai media, da molti automobilisti come una sorta di liberazione dallo spettro degli "odiati" autovelox, perché, soprattutto da parte dei primi (forse anche improvvisati) commentatori, si era ritenuto che essa non solo fosse foriera di un temporaneo oscuramento di tutti gli autovelox esistenti ma potesse rappresentare una sorta di vera e propria amnistia.

La sua immediata applicazione avrebbe dovuto comportare, in questa lettura unilaterale, la nullità di tutte le precedenti contestazioni, rilevate grazie ad autovelox¹⁶.

Le primissime decisioni della Cassazione non hanno, però, avallato questa tesi radicale; in particolare, dopo aver affermato con una prima decisione del 2015 l'immediata applicazione dei principi della sentenza della Consulta anche alle contestazioni di infrazioni precedentemente rilevate con autovelox, con altra successiva del 2016, pur ribadendo la medesima affermazione di principio, non ha *tout court* dichiarato la nullità del verbale ma, al contrario, ha ritenuto che fosse compito del giudice di merito accertare, caso per caso, se gli autovelox utilizzati fossero stati, comunque, sottoposti a verifiche di funzionalità e a taratura da parte dei soggetti competenti¹⁷.

Il Ministero dell'Interno, dal canto suo, subito dopo la sentenza della Consulta, si era precipitato nello stesso mese di giugno del 2015 ad adottare una circolare che, lungi dal preoccuparsi di emanare istruzioni operative su come effettuare le verifiche di regolarità degli autovelox, aveva provato, invece, a minimizzare il contenuto dell'intervento demolitorio.

In particolare, aveva precisato che nulla sarebbe cambiato per gli apparecchi automatici, dato che i manuali d'uso e manutenzione dei dispositivi in parola già prevedono, normalmente, una verifica periodica annuale per quegli apparecchi, utilizzabili in modo

automatico e senza la presenza dell'operatore di polizia stradale.

In questi casi il decreto di approvazione dell'apparecchio contiene già la previsione dell'obbligo di verifica che dovrà essere iniziale (e cioè operata sul prototipo) o periodica (ogni anno) presso un centro accreditato.

Diverso, invece, sarebbe stato il caso degli apparecchi utilizzati in presenza degli organi di polizia stradale, in quanto i manuali d'uso che li riguardano non prevedono alcun obbligo di verifica periodica di funzionalità; tali apparecchi, quasi sempre dotati di sistemi di autodiagnosi, consentono comunque all'operatore, prima di iniziare l'attività di controllo, di verificare la corretta funzionalità da attestare nel verbale.

Solo a questi dispositivi, secondo il ministero, si sarebbe dovuto applicare la sentenza della Corte costituzionale ed essi non avrebbero dovuto essere più utilizzati¹⁸.

4. La necessità di un intervento normativo attuativo delle indicazioni della Consulta

Il primo intervento ministeriale caratterizzato dall'urgenza di dare comunque qualche indicazione agli operatori, anche per la forma prescelta – la circolare che, come noto, non è fonte del diritto¹⁹ –, non poteva che avere carattere meramente interlocutorio.

La sentenza della Consulta, pur essendo immediatamente applicativa nel senso di imporre la taratura e la verifica di funzionalità, necessitava, però, quanto al *quomodo* di queste attività, di indicazioni operative vincolanti dal punto di vista normativo; i singoli operatori di polizia stradale dovevano, cioè, ricevere istruzioni su come effettuare le verifiche di funzionalità e dove, quando e a che cadenza sottoporre a taratura le apparecchiature di autovelox.

Ci sono, però, voluti due anni di gestazione per ottenere l'auspicato provvedimento normativo, durante i quali si sono lasciati in un limbo di profonda incertezza i controlli effettuati a mezzo degli autovelox²⁰;

¹⁵ Sulle sentenze manipolative si rinvia a quanto già evidenziato supra, in nota 1.

¹⁶ Per considerazioni analoghe, si v. TOSCHI VESPASIANI, *Autovelox da sottoporre a verifiche*, cit., p. 1259.

¹⁷ In particolare Cass. 14 dicembre 2015, n. 25125 era stata chiamata a decidere su un ricorso presentato da un comune avverso una decisione del giudice di merito che aveva dichiarato la nullità di una contestazione di eccesso di velocità rilevata a mezzo di un autovelox non tarato; la Corte, prendendo atto dell'intervenuta sentenza della Consulta, rigetta il ricorso e conferma la nullità della contestazione; diverso è il caso scrutinato da Cass. 6 aprile 2016, n. 9972; in questo caso il giudice di merito aveva respinto il ricorso dell'automobilista ritenendo corretta la contestazione dell'infrazione da parte di un autovelox per cui non risultava la taratura; la Corte, accogliendo il ricorso dell'automobilista, annulla ma con rinvio, rimettendo al giudice di valutare se l'apparecchiatura fosse stata o meno tarata e verificata.

¹⁸ Circolare 26 giugno 2015 prot. 300/A/4745/15/144/5//20/5 avente ad oggetto "Sentenza della corte costituzionale n. 113 del 18 giugno 2015. Verifiche periodiche di funzionalità dei dispositivi di controllo della velocità dei veicoli"; la circolare è pubblicata in arch. giur. circ. 2015, p. 779.

¹⁹ Secondo BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2013, 407 «le circolari rappresentano il tipico strumento di direzione burocratica, con cui il superiore guida il comportamento del sottoposto, per spiegargli le novità introdotte da un atto normativo; esse, pur non essendo fonti del diritto, costituiscono, però, un punto di riferimento relevantissimo per l'attività degli uffici della pubblica amministrazione».

²⁰ Durante questa fase di *vacatio legis* non si segnalano particolari interventi giurisprudenziali, quantomeno editi, oltre i due già citati; non sembra, cioè, essersi formata alcuna posizione da parte della giurisprudenza su come dovesse essere garantita la regolarità dei controlli a mezzo di autovelox. Il d.m. infrastrutture del 13 giugno 2017, di cui si dirà nel testo, contiene, in verità (art. 5) una disposizione transitoria che prevede che le disposizioni da esso

risolvere, così come prevedeva la circolare del 2015, attraverso un semplice rinvio ai manuali operativi delle apparecchiature l'indicazione dei controlli da effettuare non costituiva un criterio né giuridicamente né in fatto certo ed attendibile.

Il decreto del ministero dei trasporti e delle infrastrutture (MIT) del 13 giugno 2017 – pubblicato in gazzetta ufficiale il 31 luglio, dopo oltre un mese e mezzo dalla sua emanazione, in tal modo aggiungendo a ritardo altro ritardo – non sembra, però, tradire le aspettative.

Pur non nascondendo qualche perplessità sulla scelta di una fonte secondaria di produzione normativa, lì dove forse sarebbe stata preferibile una norma primaria che quantomeno stabilisse alcune regole generali, rinviando poi per gli aspetti più operativi e tecnici ad un successivo atto ministeriale, il giudizio sul decreto è sotto più aspetti decisamente positivo.

5. Il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 13 giugno 2017

Già il solo esame del titolo (“verifiche iniziali e periodiche di funzionalità e di taratura delle apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti massimi di velocità, modalità di segnalazione delle postazioni di controllo sulla rete stradale”) svela un contenuto inatteso.

Esso non solo stabilisce i criteri per garantire il corretto funzionamento degli apparati, ma interviene su di un altro aspetto dell'utilizzo degli autovelox che era stato oggetto di critiche e proteste da parte degli automobilisti ma anche di discussioni e problemi interpretativi in sede giudiziaria²¹, e cioè sulle modalità per la segnalazione delle postazioni di controllo della velocità.

introdotta si applicheranno «a decorrere a decorrere dalla data di pubblicazione del decreto», aggiungendo, poi, in modo non del tutto comprensibile che «i dispositivi ...che alla data di pubblicazione del presente decreto sono in regola con la verifica di taratura effettuata secondo le previgenti procedure e disposizioni sono soggetti alle disposizioni del presente decreto dalla prima taratura successiva e comunque entro un anno dalla pubblicazione». Con tale ultima disposizione, in pratica, il ministro sembrerebbe voler comunque “salvare” le contestazioni avvenute *medio tempore* purché rilevate da dispositivi in regola; senonché l'assenza di una pregressa analoga disciplina non consente di capire quale possa essere il parametro per considerare in regola i dispositivi. Sarà quindi la giurisprudenza prossima che dovrà stabilire la sorte dei verbali elevato in questa fase.

²¹ In giurisprudenza si era posto il problema se l'inosservanza dell'obbligo di informare gli automobilisti sulla utilizzazione ed installazione delle apparecchiature autovelox, introdotto dall'art. 4 del d.l. 121/2002 conv. in l. 168/2002, comportasse o meno la nullità dell'accertamento; la Cassazione, dopo qualche perplessità iniziale, si è espressa in senso positivo e tale posizione si è poi definitivamente consolidata; in tal senso, si v. Cass. 26 marzo 2009, n. 7419, in *Giud. Pace*, 2009, IV, 292 con nota adesiva di CARRATO, *La segnalazione preventiva della presenza degli autovelox è da intendersi prescritta a pena di nullità dei relativi accertamenti* a cui si rinvia per un più compiuto esame delle questioni.

Il provvedimento del MIT – adottato a seguito di un parere del Ministro dell'interno e seguito subito dopo da una direttiva del medesimo ministro destinata specificamente alle prefetture, alle questure e alle forze di polizia²² – consta di soli cinque articoli, accompagnati, però, da un robusto allegato, composto da 7 capi che contiene esso stesso molte prescrizioni per le amministrazioni e da 2 modelli di verbali di verifica.

Passando ad veloce esame del contenuto, limitatamente alla sola parte di interesse²³, si stabilisce in primo luogo che le apparecchiature utilizzate per la rilevazione della velocità siano assoggettate ad approvazione del prototipo²⁴ che debba, però, essere completata con l'esecuzione congiunta, da parte di soggetti terzi accreditati, di verifiche di taratura e funzionalità sul prototipo medesimo, finalizzate a determinare l'idoneità a svolgere il servizio. Al termine di questa prima procedura deve essere emesso un decreto da parte del MIT di approvazione del prototipo.

Ogni dispositivo, poi, prima di essere posto in funzione dovrà essere assoggettato a verifiche iniziali di taratura e di funzionalità.

Le prime, funzionali a valutare la precisione delle misurazioni e gli eventuali errori, devono essere eseguite da un soggetto terzo, che potrà essere anche il produttore o l'utilizzatore, purché sia accreditato da organismi di accreditamento riconosciuti, in primis Accredia; l'esito positivo della verifica sarà trasfuso in un certificato che andrà conservato agli atti dell'ufficio di polizia.

Le seconde, sia iniziali che periodiche, devono essere finalizzate a valutare il regolare funzionamento del dispositivo nelle condizioni di normale impiego e devono essere effettuate dalla polizia, successivamente alla taratura, nel corso del primo impiego; devono consistere in attività ulteriori rispetto a quelle di mera manutenzione e/o revisione previste dai manuali d'uso ed in particolare in una verifica della integrità del dispositivo, dei sigilli apposti e soprattutto della capacità di attribuire correttamente le misure effettuate ai veicoli rilevati.

Si tratterà in particolare di veri esperimenti di prova che andranno condotti su strada e che dovranno riguardare più veicoli (da un numero di venti per gli apparecchi operanti in modalità istantanea a 100 per i sistemi operanti in modalità media); le risultanze di questi “esperimenti” non potranno essere utilizzati per

²² Il Ministero dell'interno ha emesso una propria direttiva (300/A/6045/17/144/5/20/3) il 7 agosto 2017.

²³ Per quanto riguarda le postazioni di controllo, basta in queste sede evidenziare come il d.m. abbia indicato sia specifiche modalità di impegno delle postazioni di controllo, sia criteri di segnalazione delle stesse, sia regole sulla loro visibilità e sulla distanza dal segnale indicante il limite di velocità.

²⁴ Il decreto di approvazione del prototipi deve avvenire secondo quanto stabilito dal co. 3 dell'art. 192 del d.P.R. 495 del 1992, in attesa che siano emanate norme specifiche ai sensi dei commi 1 e 2 del medesimo articolo.

rilevare infrazioni e dovranno comunque confluire in un verbale in cui si dia precisamente atto di come e quando tali prove siano state effettuate.

Le verifiche di funzionalità e taratura dovranno essere oltre che iniziali anche periodiche ed essere eseguite con cadenza annuale; in particolare gli apparecchi dovranno prima essere sottoposti a taratura e poi a verifiche di funzionalità; e quelli che non superino con esito positivo entrambe le prove dovranno essere messi fuori servizi e potranno essere riutilizzati solo dopo essere stati ripristinati dal produttore e ulteriormente verificati.

6. Conclusioni

Con l'entrata in vigore del decreto ministeriale citato, si può auspicabilmente ritenere chiusa l'annosa questione della verifica del corretto funzionamento degli apparecchi di rilevazione della velocità.

Le procedure introdotte per le loro caratteristiche (l'apparecchiatura non solo viene tarata ma viene anche sottoposta ad una prova concreta di funzionamento, ripetute entrambe a cadenza annuale) dovrebbero finalmente escludere il rischio di un non corretto funzionamento degli apparati e sufficientemente garantire gli utenti stradali contro utilizzi indebiti degli stessi.

Il quadro di garanzie per l'utente si completa con la necessità che delle due forme di verifica sia dato atto nei singoli verbali di contestazioni, con l'indicazione del *quomodo* e del quando esse siano state effettuate.

Pur in assenza di una indicazione specifica in questo senso sia da parte del decreto del MIT sia della quasi contestuale direttiva del ministero dell'interno, si tratta di un dovere implicitamente derivante dal nuovo assetto normativo; se la *ratio* dei controlli di funzionalità degli apparecchi serve a garantire la regolarità degli accertamenti, all'automobilista dovrà essere data la possibilità di verificare con la lettura del verbale che gli viene notificato che queste procedure siano state rispettate nelle modalità e nelle cadenze periodiche stabilite.

Sarebbe, del resto, davvero paradossale, in questo senso, che l'utente della strada per sapere se l'autoveicolo sia stato regolarmente verificato debba richiedere l'accesso alle certificazioni conservate presso gli uffici accertatori.

Gli oneri che finiscono per gravare sulle amministrazioni sono certamente numerosi e ponderosi, ma essi non possono essere considerati sproporzionati perché sono coerenti con la funzione di prova preconstituita e piena che viene riconosciuta alle rilevazioni effettuate con le apparecchiature elettroniche.

È stato, in conclusione, con il decreto trovato il giusto temperamento fra le diverse esigenze di tutela dell'incolumità pubblica e dei diritti di difesa dei cittadini, quel temperamento la cui assenza aveva imposto l'intervento demolitorio della Corte costituzionale.

Sulla definitività dell'accertamento della (ir)regolarità contributiva dei partecipanti alle procedure di affidamento ex art. 80, c. 4, d. lgs. n. 50 del 2016.

Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21

abstract

The Plenary Conference of the Council of State by judgment n. 21 of July 27, 2016, when the revision of a judgment Cons. State, Pl. Conf., n. 5 of February 29, 2016, states that does not use the reason of the failure when the judge doesn't pronounce judgment on all the arguments raised by the foundation part of the same ground of appeal, so confirming the principle formulated by the judgment under appeal that the assessment of the regular contributions of the competition participants must be done on the basis of DURC required by the Administration contracting office in its review of the self-declaration, not counting the results of DURC required by the company, even if valid.

keywords

Administrative process – For revision judgment for failure to rule – Inadmissibility – Confirmation Cons. State, Pl. Conf., n. 5 of February 29, 2016 – Ban post-humous DURC regularization.

abstract

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 27 luglio del 2016, n. 21, in sede di revocazione della sentenza del Cons. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5, stabilisce che non ricorre il motivo dell'omessa pronuncia allorquando il giudice non si pronuncia su tutte le argomentazioni poste dalla parte a fondamento del medesimo motivo d'impugnazione, così confermando il principio formulato dalla sentenza impugnata secondo cui l'accertamento della regolarità contributiva del partecipante alla gara deve essere svolto sulla base del DURC richiesto d'ufficio dall'Amministrazione appaltante in sede di verifica delle autodichiarazioni, non rilevando le risultanze dei DURC richiesti dall'impresa, ancorché in corso di validità.

parole chiave

Processo amministrativo – Giudizio di revocazione per omessa pronuncia – Inammissibilità – Conferma

Cons. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5 – Divieto di regolarizzazione postuma del DURC.

Revocazione per omessa pronuncia – Inammissibilità – Regolarizzazione postuma del DURC – Divieto

Non costituisce motivo di revocazione per omessa pronuncia il fatto che il giudice, nell'esaminare la domanda di parte, non si sia espressamente pronunciato su tutte le argomentazioni poste dalla parte a sostegno delle proprie conclusioni tanto se il DURC è stato ottenuto prima della sottoscrizione dell'autodichiarazione quanto, e anzi a maggior ragione, se il DURC è stato rilasciato successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione al procedimento amministrativo, posto che il documento prodotto non consente di superare quanto risulta dal DURC acquisito d'ufficio.

Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21, Pres. Paino, Est. Atzeni

(omissis)

Svolgimento del processo

Con ricorso al Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Roma, rubricato al n. 2832/2015, R. G. s.p.a. in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria del raggruppamento con Consorzio Stabile R. F. S. 2010, impugnava il provvedimento prot. 671 del 13 gennaio 2015 con il quale C. s.p.a. aveva disposto la sua esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio luce e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni, lotti 5 e 6, nonché il silenzio diniego serbato sull'istanza di autotutela in data 20 gennaio 2015 e ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

[...Omissis...]

Al termine del procedimento di verifica dell'anomalia, con successive note del 30 ottobre 2014 e del 12 novembre 2014 C. ha comunicato che a seguito di verifiche di ufficio sulle dichiarazioni sostitutive rese in gara erano emerse a carico di alcune consorziate esecu-

trici del mandante Consorzio R. F. S. 2010 le seguenti irregolarità:

[...Omissis...]

- per C. G. S.r.l., il DURC rilasciato a C. il 28.10.2014 per verifica della dichiarazione presentata in data 22.2.2013 era risultato negativo in relazione a “premi assicurativi per gli anni 2012-2013 per un importo di € 23.328,00” dovuti a INAIL e altro “insoluto da quantificare” per contributi INPS;

- per MD Group S.r.l., il DURC rilasciato a C. il 27.10.2014 per verifica della dichiarazione presentata in data 14.2.2013 era risultato negativo per l'importo di € 600,00 in relazione a “diffide pagate dopo la data di verifica autodichiarazione ruoli dovuti e inad. Matricola collegata”.

Con provvedimento in data 13.01.2015 C., a seguito delle deduzioni difensive della R. G., disponeva l'esclusione del R.T.I. R. sul presupposto dell'irregolarità dei DURC, ritenendo che l'onere di invitare l'interessato alla regolarizzazione prima di emettere DURC negativo non si applicasse ai DURC rilasciati in sede di verifica delle autodichiarazioni;

[...Omissis...]

Avverso gli atti in epigrafe R. G. s.p.a. ha quindi proposto il suddetto ricorso deducendo i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 38, co. 1, lett. i), del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 48 del d.p.r. n. 445/2000. Violazione degli artt. 31, co. 8, del d.l. 21.06.2013 n. 69 e 7, co. 3 del d.m. 24.10.2007. Violazione dei principi in materia di esclusione. Eccesso di potere per difetto di motivazione, carenza d'istruttoria, falso presupposto. Sviamento.

2) violazione dell'art. 38, co. 1, lett. b) e c) d.lgs. 163/2006. Violazione del disciplinare di gara, par. 2 e all. 1 *bis*. Violazione dei principi in materia di esclusione. Eccesso di potere per difetto di motivazione, carenza d'istruttoria, falso presupposto. Sviamento.

[...Omissis...]

Con sentenza n. 10310 in data 28 luglio 2015 il Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Roma, Sezione III, accoglieva il ricorso nella sola parte relativa all'escussione delle cauzioni, respingendolo per il resto.

2. Avverso la predetta sentenza R. G. s.p.a. proponeva ricorso in appello a questo Consiglio di Stato, (rubricato al n. 7396/2015) contestando gli argomenti, presupposto della decisione, e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento dell'impugnazione proposta in primo grado.

Avverso la stessa sentenza proponeva appello incidentale C. s.p.a. chiedendo la sua riforma nella parte relativa all'escussione delle garanzie.

Con ordinanza n. 4540 in data 29 settembre 2015 la Quarta Sezione del Consiglio di Stato rimetteva l'affare all'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria con sentenza 29 febbraio

2016, n. 5, respingeva l'appello principale e accoglieva l'appello incidentale affermando, per quanto ora interessa, il seguente principio di diritto:

«Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto l. 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto l. 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto».

3. Con ricorso rubricato al n. 2707/2016 R. G. s.p.a. chiede la revocazione della suddetta sentenza, sostenendo essere questa inficiata da errore di fatto, consistente nell'omessa considerazione di una censura dedotta in primo e in secondo grado, chiedendo quindi l'accoglimento dell'appello.

[...Omissis...]

4. La ricorrente sostiene che la sentenza indicata in epigrafe è inficiata da errore revocatorio in quanto il giudice ha del tutto trascurato uno dei motivi di impugnazione, ritenuto decisivo per la soluzione della controversia, in tal modo dimostrando di non avere esattamente percepito il contenuto dell'impugnazione proposta.

Come si ricava dalla pregressa narrativa, la ricorrente è stata esclusa dalla procedura di cui si tratta in quanto la sua dichiarazione circa la regolarità contributiva propria e degli associati nonostante fosse conforme ai DURC in suo possesso è stata smentita dal DURC acquisito d'ufficio dall'Amministrazione in sede di verifica della medesima dichiarazione.

Il giudice avrebbe infatti trascurato di affrontare la censura, proposta nel ricorso introduttivo e con il secondo motivo dei primi motivi aggiunti, con la quale era stato affermato che la regolarità della posizione della ricorrente e associati in ordine agli adempimenti contributivi non risultava solo dai DURC acquisiti prima di formulare la dichiarazione necessaria per partecipare alla procedura; la ricorrente aveva sottolineato come la regolarità contributiva era attestata anche da DURC rilasciati successivamente

alla data di sottoscrizione della propria dichiarazione impegnativa.

La ricorrente afferma che ciò costituisce errore di fatto consistente nell'omessa lettura e discussione di un motivo di impugnazione, chiedendo quindi la revocazione della sentenza in epigrafe; sostiene inoltre che l'argomentazione proposta doveva portare all'affermazione di un diverso principio di diritto, e all'accoglimento del gravame.

Tale impostazione non può essere condivisa. Deve in primo luogo essere rilevato che non tutta l'illustrazione svolta dal ricorrente in un giudizio di impugnazione costituisce motivo di ricorso.

Occorre, infatti, distinguere tra motivo di ricorso e argomentazione a ciascuno dei motivi sostegno del medesimo.

Il motivo di ricorso, infatti, delimita e identifica la domanda spiegata nei confronti del giudice, e in relazione al motivo si pone l'obbligo di corrispondere, in positivo o in negativo, tra chiesto e pronunciato, nel senso che il giudice deve pronunciarsi su ciascuno dei motivi e non soltanto su alcuni di essi.

A sostegno del motivo – che identifica la domanda prospettata di fronte al giudice – la parte può addurre, poi, un complesso di argomentazioni, volta a illustrare le diverse censure, ma che non sono idonee, di per se stesse, ad ampliare o restringere la censura, e con essa la domanda.

Rispetto a tali argomentazioni non sussiste un obbligo di specifica pronuncia da parte del giudice, il quale è tenuto a motivare la decisione assunta esclusivamente con riferimento ai motivi di ricorso come sopra identificati.

Nel caso che ora occupa il motivo dedotto dalla odierna ricorrente mira alla affermazione secondo la quale la dichiarazione resa dal partecipante a una gara pubblica di contenuto conforme a un DURC in suo possesso e in corso di validità consente la sua ammissione nonostante la stazione appaltante abbia acquisito d'ufficio un DURC negativo; quest'ultimo impone solo la regolarizzazione della posizione contributiva, nei termini che fino a quel momento l'imprenditore legittimamente ignorava.

Nella logica di tale doglianza è irrilevante il fatto che il DURC in possesso dell'imprenditore sia confermato da un DURC successivo: la tesi del ricorrente è che la partecipazione alla gara è legittimata dal DURC in suo possesso, sulla cui base viene redatta l'autodichiarazione di regolarità contributiva; di conseguenza, nella logica dell'impugnazione costituisce al massimo un rafforzativo il richiamo alla presenza di DURC successivi alla presentazione della domanda di partecipazione al procedimento amministrativo.

Non può quindi essere affermato che quanto evidenziato dalla ricorrente in revocazione costituisca motivo di impugnazione.

Il principio di diritto enunciato afferma univoca-

mente che l'accertamento della regolarità contributiva del partecipante alla gara deve essere svolto sulla base del DURC richiesto d'ufficio dall'Amministrazione in sede di verifica delle autodichiarazioni, mentre non rilevano le risultanze dei DURC richiesti dall'impresa.

È evidente che il principio è applicabile tanto se il DURC è stato ottenuto prima della sottoscrizione dell'autodichiarazione quanto, e anzi a maggior ragione, se il DURC è stato rilasciato successivamente.

In entrambi i casi, infatti, il documento non consente di superare quanto risulta dal DURC acquisito d'ufficio.

5. In conclusione l'Adunanza Plenaria enuncia il seguente principio di diritto: «non costituisce motivo di revocazione per omessa pronuncia il fatto che il giudice, nell'esaminare la domanda di parte, non si sia espressamente pronunciato su tutte le argomentazioni poste dalla parte medesima a sostegno delle proprie conclusioni».

In relazione al caso di specie deve essere affermato che la sentenza di cui si chiede la revocazione non ha affatto omesso l'esame di un motivo di ricorso, e che gli argomenti, rafforzativi del motivo di impugnazione dedotto, ai quali fa riferimento il ricorrente non sono decisivi per orientare diversamente il giudice.

Il ricorso in revocazione deve quindi essere dichiarato inammissibile.

(omissis)

***Nota a sentenza (in breve)

sommario

1. La decisione del Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21. – 2. Il contrasto giurisprudenziale. – 3. La soluzione di Cons. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5 e la conferma comunitaria di Corte giust., sez IX, 10 novembre 2016, C-199/15. – 4. Conclusioni.

1. La decisione del Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21

Con la pronuncia n. 21 del 27 luglio 2016¹, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha definitivamente composto il contrasto giurisprudenziale sviluppatosi attorno all'esatta perimetrazione della nozione

¹ Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21 secondo cui «[...]tanto se il DURC è stato ottenuto prima della sottoscrizione dell'autodichiarazione quanto, e anzi a maggior ragione, se il DURC è stato rilasciato successivamente. In entrambi i casi, infatti, il documento non consente di superare quanto risulta dal DURC acquisito d'ufficio», così enunciando il seguente principio di diritto: «non costituisce motivo di revocazione per omessa pronuncia il fatto che il giudice, nell'esaminare la domanda di parte, non si sia espressamente pronunciato su tutte le argomentazioni poste dalla parte medesima a sostegno delle proprie conclusioni».

di definitività² dell'accertamento³ del requisito della regolarità contributiva richiesto alle imprese partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, a norma dell'art. 38, c. 1, lett. i) d. lgs. n. 163 del 2006⁴ (ormai abrogato ma confluito nell'art. 80, c. 4, d. lgs. n. 50 del 2016).

In particolare, la predetta decisione interviene a conclusione di un giudizio di revocazione⁵ proposto avverso la sentenza del Con. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5, per errore di fatto per omessa pronuncia su un motivo d'impugnazione in appello, da un'impresa offerente, esclusa dall'Amministrazione appaltante, in sede di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, in virtù di un DURC (Documento Unico di Regolarità Contributiva), acquisito d'ufficio presso gli enti previdenziali, risultato negativo.

Nella specie, secondo il revocante, il giudice d'appello avrebbe ommesso di pronunciarsi sulla censura, dedotta in primo e in secondo grado, per cui la regolarità contributiva del medesimo, oltre ad essere comprovata dal DURC in proprio possesso in corso di validità, acquisito prima della partecipazione alla gara e sulla cui base era stata redatta la relativa autocertificazione ex art. 48 d. P. R. n. 445 del 2000⁶, era confermata anche dai DURC dal medesimo acquisiti successivamente alla presentazione dell'offerta.

Ebbene, il Supremo Consesso ha precisato, dichiarando, pertanto, il ricorso inammissibile, che non costituisce errore di fatto ex art. 395, n. 4, c. p. c. la mancata espressa pronuncia del giudice sulla censura fatta valere dal revocante, da qualificare, invece, come mera e ulteriore argomentazione posta dallo stesso a

fondamento del medesimo motivo di impugnazione, già rigettato in appello, così definitivamente confermando il principio formulato dall'Adunanza Plenaria con la sentenza impugnata, secondo cui l'accertamento della regolarità contributiva del partecipante alla gara deve essere svolto sulla base del DURC acquisito d'ufficio dall'Amministrazione appaltante in sede di verifica, restando irrilevanti la risultanza dei DURC richiesti dall'impresa, siano essi antecedenti o successivi alla partecipazione, e diretto a dirimere un importante contrasto giurisprudenziale sorto attorno all'esatta individuazione del momento in cui può dirsi «definitivamente accertata», a norma dell'art. 38, c. 1, lett. i) d. lgs. n. 163 del 2006, la grave violazione dei requisiti di ordine generale richiesti alle imprese concorrenti in materia contributiva.

2. Il contrasto giurisprudenziale

Nell'ambito dello svolgimento delle procedure di evidenza pubblica è stata, sovente, riscontrata una discrasia, legata al periodo di validità⁷ dei DURC, tra quelli «privati positivi»⁸, in possesso degli offerenti e presentati in sede di partecipazione alla gara, e quelli «pubblici negativi»⁹, acquisiti d'ufficio dalle stazioni appaltanti in sede di verifica dei requisiti per l'accesso alla gara, che ha dato luogo ad un vivace dibattito giurisprudenziale, il quale ha visto scontrarsi principalmente due orientamenti.

Secondo il primo¹⁰, maggioritario e risalente, ai fini dell'accertamento del requisito ex art. 38, c. 1, lett. i), d. lgs. n. 163 del 2006, occorre avere riguardo alla posizione contributiva rivestita dal concorrente al momento della domanda di partecipazione e, dunque, al DURC acquisito d'ufficio dall'Amministrazione appaltante in sede di controllo presso gli enti previdenziali.

Ciò in applicazione del principio di continuità¹¹ nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara per cui l'impresa, non potendo perderli neanche temporaneamente nel corso della procedura di aggiudicazione, deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi

² SCOFFERI, *Documento Unico di Regolarità Contributiva*, Giuffrè, 2013, pp. 8 ss.

³ BONANNI, *Il contributo alla nascita del DURC*, Guida, 2014, pp. 10 ss.

⁴ Art. 38, c. 1, lett. i) d. lgs. n. 163 del 2006, confluito nell'art. 80, c. 4, d. lgs. n. 50 del 2016 secondo cui «Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti[...]Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015».

⁵ Art. 395, n. 4, c.p.c. per cui «Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impuginate per revocazione:[...] se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituisce un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; [...]».

⁶ Art. 48, c. 1, d. P. R. n. 445 del 2000 a norma del quale «Le dichiarazioni sostitutive hanno la stessa validità temporale degli atti che sostituiscono[...]».

⁷ SCOFFERI, *Documento Unico di Regolarità Contributiva*, cit., pp. 12 ss.

⁸ Cons. Stato, ord. 29 settembre 2015, n. 4540 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹ Cons. Stato, ord., 29 settembre 2015, n. 4540, cit.; Cons. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5, cit.

¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 8 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹¹ Cons. Stato, Ad. Pl., 20 luglio 2014, n. 8 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Nello stesso senso ANAC, determinazione 8 gennaio 2015, n. 1 in *www.anac.it*

previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e per tutta la durata del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevanti eventuali adempimenti tardivi dell'obbligazione contributiva.

Indubbia, pertanto, risulterebbe l'inoperatività, nelle ipotesi di richiesta di DURC da parte dell'Amministrazione appaltante in sede di controllo, dell'invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di DURC negativo) di cui all'art. 7, comma 3, d. m. del 24 ottobre 2007 (abrogato e confluito nell'art. 31, c. 8, d. l. n. 69 del 2013), per cui l'ente previdenziale, laddove riscontri una negatività contributiva, sarebbe tenuto ad assegnare al contribuente un termine di 15 giorni per la regolarizzazione della proprio posizione.

Diversamente argomentando, si strumentalizzerebbe l'operatività del soccorso istruttorio¹² all'acquisizione in gara di un requisito necessario alla partecipazione ma assente al momento della presentazione dell'offerta, con inevitabile violazione dei principi fondamentali dettati in materia di evidenza pubblica, quali quello di autoresponsabilità¹³ e di parità di trattamento.

Secondo altro orientamento giurisprudenziale¹⁴, più recente e minoritario, il predetto avviso di regolarizzazione dovrebbe trovare applicazione anche nei casi in cui a richiedere il DURC non sia il privato concorrente ma la stazione appaltante in quanto la relativa normativa non distingue, in punto di efficacia degli atti di certazione, a seconda della natura pubblica o privata del richiedente. Ciò con la conseguenza che la definitività dell'accertamento della regolarità contributiva può dirsi intervenuta solo con il decorso del termine di 15 giorni assegnati per la regolarizzazione.

Diversamente argomentando, si procederebbe all'esclusione di un concorrente dalla gara per una violazione previdenziale non «definitivamente accertata» ex art. 38, c. 1, lett. i) d. lgs n. 163 del 2006, di cui, tra l'altro, il contribuente non era neanche a conoscenza in quanto non previamente comunicatogli dall'ente previdenziale, né risultante dal DURC in proprio possesso sulla cui validità il medesimo confidava, così ponendo nel nulla il sistema di certificazione della re-

golarità contributiva e violando il principio di affidamento dei privati.

Tale indirizzo giurisprudenziale ha tratto, poi, ulteriore argomento a proprio sostegno dalla disciplina entrata in vigore con il d. l. n. 34 del 2014, conv. in l. n. 78 del 2014, il cui art. 4 prevede forme obbligatorie di interrogazione¹⁵ delle banche dati valevoli per qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che assolvono all'obbligo di verifica dei requisiti di ordine generale per l'accesso agli appalti pubblici, nonché con il d. m. attuativo del 30 gennaio 2015, il cui art. 4 disciplina proprio l'invito alla regolarizzazione¹⁶ nelle ipotesi di assenza di regolarità ed, infine, da una successiva circolare interpretativa del Ministero del Lavoro, n. 19 del 2015, la quale rinvia proprio al predetto d. m. per l'individuazione delle modalità di verifica delle dichiarazioni sostitutive, cui devono attenersi le Amministrazioni appaltanti in sede di controllo a decorrere dal 1° luglio 2015.

¹⁵ Art. 4. d. l. n. 34 del 2014 a norma del quale «A decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2, chiunque vi abbia interesse, compresa la medesima impresa, verifica con modalità esclusivamente telematiche ed in tempo reale la regolarità contributiva nei confronti dell'INPS, dell'INAIL e, per le imprese tenute ad applicare i contratti del settore dell'edilizia, nei confronti delle Casse edili. La risultanza dell'interrogazione ha validità di 120 giorni dalla data di acquisizione e sostituisce ad ogni effetto il Documento Unico di Regolarità Contributiva DURC), ovunque previsto, fatta eccezione per le ipotesi di esclusione individuate dal decreto di cui al comma 2.[...].L'interrogazione eseguita ai sensi del comma 1, assolve all'obbligo di verificare la sussistenza del requisito di ordine generale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dall'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2, sono inoltre abrogate tutte le disposizioni di legge incompatibili con i contenuti del presente articolo».

¹⁶ Art. 4. d. m. 30 gennaio 2015 per cui «Qualora non sia possibile attestare la regolarità contributiva in tempo reale e fatte salve le ipotesi di esclusione di cui all'art. 9, l'INPS, l'INAIL e le Casse edili trasmettono tramite PEC, all'interessato o al soggetto da esso delegato ai sensi dell'art. 1 della l. 11 gennaio 1979, n. 12, l'invito a regolarizzare con indicazione analitica delle cause di irregolarità rilevate da ciascuno degli Enti tenuti al controllo.. L'interessato, avvalendosi delle procedure in uso presso ciascun Ente, può regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a 15 giorni dalla notifica dell'invito di cui al comma 1. L'invito a regolarizzare impedisce ulteriori verifiche e ha effetto per tutte le interrogazioni intervenute durante il predetto termine di 15 giorni e comunque per un periodo non superiore a 30 giorni dall'interrogazione che l'ha originato. La regolarizzazione entro il termine di 15 giorni genera il Documento in formato «pdf» di cui all'art. 7. Decorso inutilmente il termine di 15 giorni di cui al comma 2 la risultanza negativa della verifica è comunicata ai soggetti che hanno effettuato l'interrogazione con indicazione degli importi a debito e delle cause di irregolarità».

¹² ANAC, determinazione 8 gennaio 2015, n. 1, cit., per cui «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».

¹³ MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in Scritti giuridici, Giuffrè, 1948, pp. 71 ss; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, 1943, pp. 99 ss.; PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in Enc. dir. IV, Giuffrè, 1959, pp. 452 ss., per cui «l'autoresponsabilità si può definire come necessità di risentire le conseguenze pregiudizievoli di una propria condotta».

¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2015, n. 78 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, ord. 29 settembre 2015, n. 4540 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

3. La soluzione di Cons. St., Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5 e la conferma comunitaria di Corte di Giustizia U. E., sez IX, 10 novembre 2016, C-199/15

A dirimere il contrasto giurisprudenziale testé menzionato è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la quale, con sentenza 29 febbraio 2016, n. 5, ha ribadito, fermo restando quanto stabilito dalla disciplina dettata dal d. l. n. 34 del 2014, conv. in l. n. 78 del 2014, e dal relativo d. m. attuativo del 30 gennaio 2015 per le procedure di affidamento successive al 1° luglio 2015, l'operatività dell'orientamento tradizionale¹⁷ per il periodo antecedente, precisando che, a sostegno della validità in corso del DURC in possesso dell'offerente e sulla cui base quest'ultimo autocertifica la sussistenza dei propri requisiti contributivi, non può invocarsi il termine trimestrale di validità¹⁸ ex art. 7, c. 2, del d. m. 24 ottobre 2007, che riguarda esclusivamente il settore degli appalti privati.

Diversamente opinando, si opererebbe una distorsione applicativa della normativa in materia contributiva, legittimando la partecipazione alle procedure di affidamento di imprese non munite dei requisiti necessari.

Secondo il Supremo Consesso, non può, altresì, essere invocato neppure il principio del legittimo affidamento dei privati, il quale incontra, come controlimite, proprio il principio di autoresponsabilità.

Come, infatti, precisato anche dalla Corte di Giustizia dell'U. E.¹⁹, l'operatore economico non può superare l'inadempimento contributivo fondandosi su un certificato rilasciato dagli istituti previdenziali, ottenuto prima della presentazione della propria offerta ed attestante la propria regolarità contributiva per un periodo anteriore alla medesima presentazione.

Il DURC, infatti, si limita a fotografare²⁰ una situazione di regolarità della cui attualità o meno il contribuente è perfettamente a conoscenza o, quanto meno, è dallo stesso conoscibile attivando in ogni momento i meccanismi di verifica presso gli istituti competenti.

4. Conclusioni

In conclusione, quindi, la decisione Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21 in esame mostra di avere perfettamente recepito le osservazioni summenzionate nella misura in cui qualifica come mera argomentazio-

ne e non già come motivo d'impugnazione la censura fatta valere dal revocante, secondo cui la sentenza impugnata è l'effetto, e come tale revocabile, di un errore di fatto nel quale sarebbe incorso il giudice nel non considerare il DURC acquisito dall'offerente successivamente alla partecipazione, comprovante la propria regolarità contributiva e confermativo di quello già acquisito dal medesimo precedentemente alla presentazione della domanda ed in corso di validità e sulla cui base era stata sottoscritta la relativa autocertificazione.

Il DURC privato successivo, infatti, contraddetto da quello acquisito d'ufficio dalla stazione appaltante, non fa che attestare l'adempimento tardivo del contribuente, come tale, irrilevante ai fini della valida partecipazione alla procedura di gara, non essendo consentite regolarizzazioni successive della posizione contributiva, dovendo l'impresa essere in regola con la stessa per tutta la durata del rapporto con l'appaltante, proprio in virtù del divieto di regolarizzazioni postume sancito dalla sentenza del Cons. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5, impugnata.

Pertanto, la censura della parte non può certo qualificarsi come autonomo motivo di impugnazione utile ai fini revocatori, ma semplicemente atteggiarsi a mera argomentazione posta a sostegno del medesimo motivo di impugnazione, proposto in appello, diretto a fare valere la prevalenza del DURC privato su quello d'ufficio, smentita chiaramente dalla decisione dell'Adunanza Plenaria in esame, per cui «il documento in possesso del privato non consente di superare quanto risulta dal DURC acquisito d'ufficio».

¹⁷ Cons. Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 8 in www.giustizia-amministrativa.it, Cons. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Art. 7 d. m. 24 gennaio 2007 ai sensi del quale «Ai fini della fruizione delle agevolazioni normative e contributive di cui all'art. 1 il DURC ha validità mensile. Nel solo settore degli appalti privati di cui all'art. 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e successive modifiche, il DURC ha validità trimestrale, ai sensi dell'art. 39-septies del decreto l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51».

¹⁹ Corte giust., sez IX, 10/11/16, C-199/15 in www.europa.eu.

²⁰ Cons. Stato, Ad. Pl., 29 febbraio 2016, n. 5, cit.

a cura di Almerina Bove

Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista in servizio presso l'Avvocatura regionale

con la collaborazione di Rita Garzarella

Dottoressa in giurisprudenza

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

Aggiudicazione – Improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'operatore collocato in posizione inferiore alla seconda

L'avvenuta aggiudicazione in favore di un concorrente viene ad incidere sulla persistenza dell'interesse a ricorrere avverso le ammissioni altrui; pertanto, è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso proposto ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. avverso gli atti di ammissione dei concorrenti alla gara da parte di un operatore che, all'esito dell'espletamento della gara stessa, risulta nel frattempo collocato in posizione inferiore alla seconda.

Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2017, n. 3257, Pres. Severini - Est. Frattini

Anomalia dell'offerta – Criterio di calcolo delle offerte da accantonare

Ai fini del calcolo dell'anomalia dell'offerta nel caso in cui il criterio dell'aggiudicazione è quello del prezzo più basso: a) il comma 1 dell'art. 86, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse; b) il secondo periodo del comma 1 dell'art. 121, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (secondo cui "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia") deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come 'unica offerta' sia nel caso in cui esse si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse.

Cons. Stato, A.P., 19 settembre 2017, n. 5, Pres. Pajno - Est. Contessa

Avvalimento – Non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali

In tema di avvalimento, quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore ("avvalimento di garanzia"), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale.

T.a.r. Milano, sez. IV, 11 luglio 2017, n. 1589, Pres. Gabbricci - Est. Plantamura

Bando – Clausola illegittima non ostativa alla partecipazione di un'impresa alla gara – Non sussiste la titolarità di un interesse attuale all'impugnazione

In tema di contratti pubblici, in presenza di una clausola illegittima della "lex specialis", che non sia ostativa alla partecipazione di una determinata impresa, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale e, quindi, in un'effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare.

T.a.r. Firenze, 19 luglio 2017, n. 936, Pres. Trizzino - Est. Ricchiuto

Cessione del ramo d'azienda – Conservazione dell'attestazione SOA da parte dell'impresa cedente in caso di accertamento positivo dei requisiti di qualificazione

In ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta

la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità.

Cons. Stato, Ad. Pl., 3 luglio 2017, n.3, Pres. Frattini - Est. Bellomo

Cessione del ramo d'azienda – Non si determina l'automatica perdita della qualificazione da parte dell'impresa cedente

L'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento.

Cons. Stato, Ad. Pl., 3 luglio 2017, n.3, Pres. Frattini - Est. Bellomo

Concessionari di lavori e servizi pubblici – Obbligo di evidenza pubblica

L'obbligo di evidenza pubblica previsto dall'art. 177, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per i soggetti pubblici e privati titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici nei limiti di quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro è immediatamente operativo e il termine di ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore dello stesso codice – previsto dal successivo comma 2 in relazione alle concessioni in essere per adeguarsi – è soltanto un termine finale, "entro" (e non a partire da) il quale deve essere raggiunta l'aliquota minima dell'80% di contratti affidati mediante gara; la conseguenza è che, mano a mano che i precedenti contratti vengono a scadenza, i nuovi contratti devono, sin da subito, essere affidati mediante gara.

Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 3703, Pres. Caringella - Est. Giovagnoli

Criterio di scelta per l'affidamento – Discrezionalità della stazione appaltante – Criterio del prezzo più basso – Condizioni

Ai sensi dell'art. 95, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la scelta del criterio più adeguato da adottare per l'affidamento di un appalto è effettuata discrezionalmente dalla Stazione appaltante in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto; in particolare, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso può essere utilizzato quando le caratteristiche della prestazione da eseguire sono già ben definite dalla Stazione appaltante nel capitolato d'onere, in cui sono previsti tutti gli aspetti e le condizioni della prestazione, con la conseguenza che il concorrente deve solo offrire un prezzo.

T.a.r. Lazio, sez. II ter, 7 agosto 2017, n. 9249, Pres. Morabito - Est. Rotondo

Domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da parte di una P.A. in qualità di stazione appaltante – Giurisdizione del giudice ordinario

La domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale proposta da una P.A., in qualità di stazione appaltante, nei confronti del soggetto affidatario di lavori o servizi pubblici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di richiesta afferente non alla fase pubblicistica della gara ma a quella prodromica, nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza. In tale ipotesi, infatti, il giudice predetto è chiamato a decidere di una controversia avente ad oggetto un diritto soggettivo la cui lesione sia stata non conseguente, bensì soltanto occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento di lavori o servizi.

Cass. civ., Sez. Un., 04 luglio 2017, n. 16419, Pres. Canzio – Est. Travaglino

Esclusione dalla gara per gravi illeciti professionali – Dubbi sull'integrità o affidabilità del concorrente – L'onere della prova grava sulla stazione appaltante

L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – che consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti da una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" – innovando rispetto al previgente assetto normativo, prevede che l'esclusione del concorrente è condizionata al fatto che la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

T.a.r. Valle d'Aosta, 23 giugno 2017, n. 36, Pres. Migliozi - Est. Buonauro

Esclusione dalla gara per conflitto di interesse – Significato della locuzione "rapporto personale" di cui all'art. 42 d.lgs. 50/2016

È legittima l'esclusione dalla gara per l'affidamento di servizi assicurativi, disposta ai sensi dell'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per conflitto di interesse nascente dai particolari rapporti (societari e personali) tra l'operatore economico (in particolare l'agente generale di una Compagnia di assicurazione territorialmente competente per l'esecuzione del servizio oggetto della gara) ed una terza società incaricata di redigere i Capitolati di gara, avendo la norma portata generale ed essendo la locuzione "personale", in essa contenuta, riferita non solo ai dipendenti in senso stretto (ossia, i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi,

i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna.

Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, Pres. Severini - Est. Perotti

Esclusione dalla gara – Inadempimento contrattuale pregresso – È necessaria una concreta valutazione della stazione appaltante della gravità e rilevanza dell'inadempimento

L'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – nella parte in cui dispone che tra i gravi illeciti commessi dal concorrente che ne determinano l'esclusione rientrano “le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio” – non introduce una forma di esclusione automatica, essendo comunque necessaria una compiuta e concreta valutazione della stazione appaltante circa la gravità e rilevanza dell'inadempimento contrattuale pregresso rispetto alla persistenza del rapporto di fiducia.

T.a.r. Toscana, sez. I, 1 agosto 2017, n. 1011, Pres. Pozzi - Est. Grauso

Raggruppamento Temporaneo d'Impresa – Obbligo assoluto di indicazione dei servizi che il singolo operatore eseguirà

L'operatore economico che partecipa alla gara in R.T.I. deve indicare la parte dei servizi che eseguirà ai sensi dell'art. 48, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, obbligo da ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia, in caso di indicazione quantitativa, in termini percentuali.

Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2017, n. 3257, Pres. Severini - Est. Frattini

Rito super accelerato ex art. 120 c.p.a. – Il termine di impugnazione decorre dalla pubblicazione del provvedimento di esclusione/ammissione sul profilo della stazione appaltante

La presenza di un rappresentante della società concorrente ad una gara pubblica alla seduta durante la quale sono disposte le ammissioni e le esclusioni non fa decorrere il termine di trenta giorni per la relativa impugnazione, che decorre, invece, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., dalla pubblicazione del provvedimento che determina esclusione/ammissioni sul profilo della stazione appaltante.

T.a.r. Lazio, sez. III quater, 22 agosto 2017, n. 9379, Pres. Sapone - Est. Santini

Rito speciale ex art. 120 c.p.a. – Non sussiste il divieto di considerare i fatti storici medio tempore risultanti dagli atti processuali

La distinzione e la separatezza del giudizio ex art. 120, commi 2-bis e 6-bis, rispetto a quello ordinario (seppure costituente anch'esso rito speciale) del medesimo art. 120 non contempla per il giudice del primo un divieto di prendere in considerazione i fatti storici medio tempore venuti in essere e risultanti dai suoi atti processuali, come, appunto, l'avvenuta aggiudicazione della gara e gli effetti di eventuali impugnazioni di quest'ultima.

Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2017, n. 3257, Pres. Severini - Est. Frattini

Soccorso istruttorio – Omessa presentazione della dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza dei reati ostativi – Ammissibilità del soccorso istruttorio

L'omessa presentazione in gara della dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza dei reati ostativi lungi dal rappresentare una “falsa dichiarazione” (di per sé idonea a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara), si configura come “mancanza di una dichiarazione sostitutiva”, in quanto tale certamente ammissibile al soccorso istruttorio; pertanto la richiamata omissione non è riconducibile alla nozione di “incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, [di] difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”.

Consiglio Stato, sez. V, 21 agosto 2017, n. 4048, Pres. Severini - Est. Contessa

Diritto tributario

PROFILI TRIBUTARI E FINANZIARI DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE PUBBLICHE E DELLE SOCIETÀ IN HOUSE	734
di Antonio Uricchio e Mario Aulenta	
FISCALITÀ INTERNAZIONALE: DALLE STRATEGIE ELUSIVE DI <i>CORPORATE GOVERNANCE</i> ALLE MANOVRE DI “TASSAZIONE SLEALE” DEGLI STATI MEMBRI. L’ <i>ACTION PLAN</i> DI CONTRASTO DELL’UE	753
di Sara Di Donato	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UE	760
a cura di Maria Pia Nastri	



Profili tributari e finanziari delle società partecipate pubbliche e delle società in house

abstract

Tax liability of the in house companies, owned by Public Administrations, cannot be analyzed without prior knowledge of the regulatory framework resulting from typical public finance constraints and without a prior study of the European legal order framework: from this analysis it may come down specific tax conclusions, here proposed.

keywords

Fiscal constraints – Tax liability – In house companies.

abstract

La soggettività passiva delle società in house non può essere analizzata senza una previa conoscenza del quadro normativo derivante da tipici vincoli di finanza pubblica, che disciplina dette società e senza un previo studio del quadro ordinamentale europeo: da tanto possono discendere conclusioni tributarie specifiche, qui proposte.

parole chiave

Vincoli finanziari – Soggettività passiva – Società in house.

sommario

Introduzione. – **1.** Il modello delle società pubbliche e di quelle in house; la rilevanza del principio di equilibrio economico e finanziario. – **2.** I vincoli di natura finanziaria e giuscontabile. – **3.** Dalla soggettività civilistica alla soggettività tributaria delle società pubbliche e in house. – **4.** Determinazione del reddito e vincoli di carattere finanziario; inerenza dei costi sostenuti. – **5.** La soggettività IVA tra diritto europeo e diritto interno.

Introduzione

Il fenomeno delle società pubbliche, diffuso e risalente, sia a livello centrale che locale¹, presenta profili

¹ Sulla graduale diffusione del fenomeno delle società pubbliche, cfr. S. CLÒ, M. DI GIULIO, M.T. GALANTI, M. SORRENTINO, *Italian state-owned enterprises after decades of reforms: still public?*, in *Econ.pubbl.*, n. 3/2016, p.11 ss. C. BONACCORSO, F. CORRADINI, E. PADOVANI, *La finanza pubblica locale e i risultati economico-finanziari delle società partecipate*, in *AziendItalia* n. 6/2015, p. 501 ss.

che interessano i diversi settori dell'ordinamento. Il legislatore, intervenuto più volte in materia, spesso in modo frammentario e sotto la spinta di esigenze del momento, ha affrontato i profili di carattere civilistico e societario, il tema dei controlli e delle responsabilità, gli assetti organizzativi e finanziari. Da ultimo il Testo unico delle società a partecipazione pubblica (cd. legge Madia, decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, in *Gazzetta Ufficiale* n. 120 dell'8 settembre 2016), pur recando un fondamentale assetto complessivo (e, si spera, stabile²) della materia, non considera i profili di carattere fiscale, lasciati alla legislazione speciale tributaria. Invero, non mancano disposizioni, molte delle quali protese a valorizzare l'attività svolta più che i modelli giuridici prescelti e i rapporti con le amministrazioni pubbliche, ma sembra mancare il raccordo tra il nuovo assetto normativo delle partecipate e la disciplina tributaria. I primi interventi della dottrina tributaria tentano di annodare le peculiarità del modello delle società in house con i profili fiscali, sia ai fini delle imposte sul reddito che dell'IVA³.

Scopo del presente lavoro è tentare un inquadramento della materia alla luce delle ultime novità normative, considerate in modo unitario, oltre che degli orientamenti giurisprudenziali, sia da parte delle Corti europee che di quelle domestiche. In questa prospettiva, meritano di essere considerati anche i profili finanziari, non solo per la stretta connessione con quelli fiscali, ma soprattutto a seguito dell'introduzione nella nostra Carta Costituzionale del principio di equilibrio economico finanziario quale regola fondante del governo della finanza pubblica e locale⁴. È noto, infatti,

² Sebbene vi sia stato già a giugno 2017 un primo intervento modificativo, recato dal d.lgs. 100 del 16/6/2017.

³ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Società pubbliche ed imposizione fiscale*, in AA.VV. (a cura di F. CERIONI), *Le società pubbliche nel T.U.*, Milano, 2017, pag. 356 ss.; A. SALVATI, *Riflessioni in tema di soggettività passiva IVA delle società "in house"*, in *Rass. Trib.*, n. 1/2017, p. 28 ss.

⁴ Cfr. M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della Legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *Federalismi.it*, 2013, 6, p. 22 ss. G.M. NAPOLITANO, *I nuovi limiti all'autonomia finanziaria degli Enti territoriali alla luce del principio del pareggio di bilancio*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2013, 1/2, p. 91 ss.; E. JORIO, *L'efficacia della Costituzione non è differibile*,

che l'elevazione al rango costituzionale del principio di equilibrio finanziario da parte degli artt. 81, 97 e 119, come modificati dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, adottata per allineare il sistema costituzionale interno al c.d. "Fiscal Compact"⁵, condiziona anche le scelte gestorie e organizzative della Pubblica amministrazione. Più precisamente, il nuovo co. 1 dell'art. 97 Cost., infatti, richiede che tutte le amministrazioni pubbliche, «in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico». Il nuovo art. 119 Cost. riconosce agli enti territoriali l'autonomia di entrata e di spesa seppur «nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci» e nella «osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.» Oltre a richiamare il principio di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio (e non quello di pareggio previsto a livello europeo)⁶, la nuova formu-

disponibile su www.astrid-online.it, 24 ottobre 2012; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 2, p. 350 ss.; D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in *Federalismi.it*, 2012, 14, p. 1 ss.; G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e Legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, disponibile su www.rivistaaic.it, 2012, 3, p. 1 ss.; D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, disponibile su www.rivistaaic.it, 2012, 2, p. 1 ss.

⁵ In forza di tale accordo, meglio noto come "Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria", approvato il 2 marzo 2012 da 25 dei 27 Paesi membri, gli stessi Paesi che vi hanno aderito hanno assunto l'obbligo di mantenere finanze pubbliche sane e sostenibili, di evitare disavanzi pubblici eccessivi e di salvaguardare la stabilità di tutta la zona euro, inserendo nelle proprie Costituzioni il principio del pareggio di bilancio, l'obbligo di non superare la soglia di deficit strutturale superiore al 0,5% (e superiore all'1% per i paesi con debito pubblico inferiore al 60% del PIL) e la riduzione del debito di un ventesimo all'anno, fino al rapporto del 60% sul Pil nell'arco di un ventennio (artt. 3 e 4). Oltre a richiamare il principio di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio (e non quello di pareggio previsto a livello europeo), la nuova formulazione dell'art. 81, terzo comma, della Costituzione prevede che ogni legge con effetti finanziari, compresa la legge di bilancio, non possa più limitarsi a indicare i mezzi di copertura delle nuove e maggiori spese ma debba provvedervi. Su tale accordo, si consenta il rinvio al volume A. URICCHIO - M. AULENTA, *Dalla finanza pubblica europea al governo degli enti territoriali*, Padova, 2015, p. 9. Cfr. inoltre G. M. NAPOLITANO, *La nuova governance economica europea: il Meccanismo di stabilità e il Fiscal Compact - Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Riv. dir. amm.*, 2012, n. 5.

⁶ Osserva E. DE MITA, *Il conflitto tra capacità contributiva ed equilibrio finanziario dello Stato*, in *Rass. trib.*, 2016, p. 563: «la sostituzione dell'espressione "pareggio di bilancio" con quella di "equilibrio" rappresenta l'intenzione del legislatore di consentire una flessibilità nella gestione della finanza pubblica che altrimenti sarebbe preclusa. Va ricordato che l'art. 5 della legge costituzionale n. 1/2012, alla lett. f prevede l'attribuzione presso le camere, nel rispetto della relativa autonomia di un organismo indipendente al quale attribuire compiti di analisi e di verifica degli andamenti di finanza pubblica e di osservazione delle regole di bilancio. L'art. 5 citato regola dettagliatamente i criteri che debbano essere osservati e che escludono che la verifica di bilan-

zione dell'art. 81, co. 3, della Costituzione prevede che ogni legge con effetti finanziari, compresa la legge di bilancio, non possa più limitarsi a indicare i mezzi di copertura delle nuove e maggiori spese ma debba provvedervi direttamente.

1. Il modello delle società pubbliche e di quelle in house; la rilevanza del principio di equilibrio economico e finanziario

Come è noto, i modelli organizzatori della Pubblica amministrazione comportano l'adozione di strumenti giuridici differenti anche per l'erogazione di servizi pubblici di diversa natura. Il ricorso a figure organizzative privatistiche da parte degli enti pubblici risponde, infatti, «all'esigenza di rendere più efficiente, efficace ed economica l'erogazione dei servizi pubblici, con effetti anche di razionalizzazione della spesa e dei costi a carico degli enti pubblici»⁷.

Secondo la nota relazione Cottarelli (cd. Proposte per la revisione della spesa pubblica del marzo 2014)⁸, la nozione di "partecipate pubbliche" appare particolarmente ampia, comprendendo, oltre alle società di capitali e alle società cooperative, anche le associazioni, le fondazioni (anche universitarie), i consorzi e le società consortili. L'ampiezza della sfera applicativa richiamata discende dall'accoglimento della tesi "espansiva" in luogo di quella letterale e prescindendo dalla natura finanziaria della partecipazione ovvero dalla sua entità (non prevedendo il requisito del controllo ovvero soglie percentuali di partecipazioni). Ben diverso appare il dato normativo delineato dal citato d.lgs. 175 che, invece, accoglie un'accezione più ristretta, valorizzando la forma giuridica societaria (società di capitali, con l'ovvia esclusione delle s.a.p.a.) ed attribuendo particolare rilevanza alla qualità del soggetto titolare delle quote di partecipazione. In particolare, le forme giuridiche ammesse sono quelle di cui al titolo V del libro V del Codice Civile, partecipate totalmente o parzialmente, direttamente o indirettamente, dalle Amministrazioni pubbliche previste all'art. 1, co. 2 del d.lgs. 165/2001 (per le società quotate in mercati regolamentati, e per quelle che prima del 31/12/2015 hanno emesso strumenti finanziari quotati in mercati

ciò possa ridursi alla sola considerazione della entità di una sola imposta. L'equilibrio di bilancio è un giudizio complessivo che investe, prima di tutto, la spesa e che è diretto, principalmente al governo. Non può essere limitato ad una sola voce, quella di una imposta, sia pure elevata, avulsa da una valutazione complessiva di entrate e spese».

⁷ Cfr. Corte conti, Sez. reg. di controllo per la Toscana, deliberazione n. 1/2015/PAR del 7 gennaio 2015; cfr. inoltre, la Relazione governativa al disegno di legge, poi divenuto legge n. 244 del 2007: «la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività».

⁸ La relazione è pubblicata sul sito revisionespesa.gov.it. Per approfondimenti C. COTTARELLI, L. REICHLIN, N. ROSSI, *La spending review: un bilancio*, (e book), 2014.

regolamentati e le società partecipate dalle precedenti società, le disposizioni del decreto si applicano solo nei casi espressamente previsti dal decreto stesso)⁹. Restano, pertanto, escluse dall'ambito di applicazione delle nuove norme gli enti associativi diversi dalle società, come le fondazioni.

L'entificazione pubblicistica di soggetti giuridici è soggetta a forti vincoli di carattere normativo. Il divieto di costituire enti pubblici, se non per legge, compresa quella regionale, è sancito dalla L. 20 marzo 1975, n. 70, art. 4. Nonostante tale previsione, sono, tuttavia, innumerevoli gli esempi di legge statale che stabilisce la costituzione di società di capitali. Quando ciò avvenga, occorre che la legge, statale o regionale che sia, preservi funzioni e scopi dell'ente dalla possibile invasione in ambiti rispettivamente non rientranti nell'altrui potestà legislativa secondo quanto sancito dall'art. 117 Cost. (cfr. sent. Corte Cost. n. 326/2008¹⁰, che, con riguardo all'art. 13, d.l. 223/2006¹¹, recante "norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza", consistenti nel divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, si è interrogata in ordine al se la materia rientri nella competenza legislativa statale ovvero in quella legislativa regionale, risolvendo a favore della prevalenza, quanto all'oggetto e al fine, della potestà statale in quanto chiamata alla tutela della concorrenza).

Quanto all'organizzazione amministrativa, ben può lo Stato o la Regione auto-organizzarsi con proprie norme. Tanto, è confermato dal co. 5, art.4, d.lgs. 175/2016, che fa salve le prerogative legislative

regionali in materia di organizzazione amministrativa, in ordine al divieto recato dalla testé citata norma per le società che autoproducono beni o servizi strumentali all'ente, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società. Lo stesso art.4, d.lgs. 175/2016, pone, a presidio della possibilità di costituire società, il fatto che l'oggetto produttivo aderisca in modo strettamente necessario al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ed obbliga alla verifica di quali siano tali finalità; al riguardo, non può tacersi che dette finalità non possono che essere dettate dalla legge statale, pur essendo riservato agli enti locali un generalizzato potere di autodeterminazione delle proprie finalità istituzionali¹²; seguendo la Sezione XIII del Libro V del codice civile, il legislatore statale, nell'art.4 TUSPP, richiede la sussistenza della "causa pubblica", legando la ragione economico-individuale del contratto di società alle proprie finalità istituzionali, rendendo irrilevante la mancanza dello scopo lucrativo che caratterizza l'attività del modello organizzativo delle società pubbliche¹³. Da tanto, se ne potrebbe altresì inferire l'assimilazione delle società istituite con legge regionale al novero delle cd. società cd. legali (cioè istituite, trasformate o comunque disciplinate da apposita legge statale¹⁴).

All'interno della categoria delle società partecipate pubbliche, particolare rilevanza assumono quelle cd. *in house* che, pur avendo la veste di società di capitali, hanno generalmente un solo socio ente pubblico e vedono la totalità o la gran parte dei propri ricavi conseguiti attraverso commesse dello stesso socio ente pubblico. Tali società possono avere oggetti diversi, potendo svolgere attività di impresa o attività amministrativa in forma privatistica (cd. società strumentali), assumendo la gestione di attività economiche per la produzione di beni e servizi che rivestono un oggettivo valore e interesse di tipo generale (cd. società di servizi pubblici nazionali e locali). Non sembra privo di significato il fatto che il loro mantenimento in vita si collega non solo e non tanto all'esistenza delle esternalità negative del mercato (che caratterizzano le economie di stampo liberale), quanto piuttosto perché l'assunzione e l'erogazione dei servizi pubblici può costituire la risposta amministrativa dello Stato (e degli altri enti territoriali) al dovere di garantire l'uguaglianza sostanziale dei servizi ai cittadini¹⁵.

⁹ La disciplina in esame non si applica, nei 18 mesi successivi alla sua entrata in vigore, alle società che abbiano già deliberato la quotazione in mercati regolamentati delle proprie azioni con provvedimento comunicato alla Corte dei Conti.

¹⁰ In detta sentenza, si verte sul se le società di capitali pubbliche possano stare sul mercato: «Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza» ... «La potestà legislativa dello Stato comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; che essa non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che essa comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato; che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica»... «La disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia – definita prevalentemente in base al fine – della tutela della concorrenza».

¹¹ Abrogato dall'art. 28, co. 1, lettera d), del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

¹² Cfr. M. SCIASCIA, *Limiti teleologici all'intervento pubblico in società di capitali*, in AA.VV. (a cura di F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ), *Le società pubbliche*, I, 2016, p.183.

¹³ Cfr. R. GUARINO, *La causa pubblica alla luce del Testo unico 175 del 2016*, in AA.VV. (a cura di F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ), *cit.*, p. 305.

¹⁴ Il riferimento alle società cd. legali varrebbe financo a distinguerle formalmente dalle altre società in mano pubblica, che sarebbero comunque società di diritto comune: cfr. F. FIMMANÒ, *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in AA.VV. *Le società pubbliche*, *cit.*, p. 49.

¹⁵ «Nei mercati non pienamente liberalizzati, la presenza di deci-

Per quanto riguarda, invece, le società di produzione di beni e servizi di interesse generale *in house*, va segnalato che la loro disciplina è in larga parte sottratta al codice civile in ragione delle penetranti deroghe che tali soggetti subiscono alla loro autonomia e capacità negoziale: dalla piena libertà di stipulare contratti, all'assoggettamento a limiti in materia di assunzione del personale, dai vincoli finanziari pubblici, all'obbligo di applicare il codice dei contratti pubblici e, infine, alla loro inclusione nell'ambito delle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo (L. n. 241/1990 e ss.mm.ii.), limitatamente all'attività che costituisce esercizio di potere amministrativo.

Per tali soggetti, si pongono, pertanto, una serie di questioni che discendono dal riconoscimento del loro grado di autonomia nei confronti del soggetto pubblico costituente o partecipante e che si manifestano concretamente con le limitazioni statutarie all'ampiezza dell'oggetto sociale e all'autonomia degli organi societari, con l'esclusiva titolarità pubblica del capitale, e conseguente ingerenza dei soci pubblici, costituenti e affidanti, nella nomina degli amministratori e ancor di più nella sottoposizione gerarchica delle società affidatarie dirette ai soci pubblici affidanti e nel potere di questi ultimi di erogare alle prime risorse pubbliche per il raggiungimento dello scopo. Tali indici portano la giurisprudenza di merito¹⁶ a propendere per il ricono-

sioni di natura prettamente imprenditoriale non consentirebbe, in ragione della non economicità della scelta, all'utente "marginale" di ottenere quella determinata prestazione di servizio. L'intervento pubblico è, pertanto, finalizzato a simulare, mediante l'imposizione all'operatore economico di obblighi di servizio, l'esistenza di un mercato pienamente concorrenziale a tutela degli utenti ovvero a garantire, in generale, la tutela a soggetti "non remunerativi" che non riceverebbero mai quelle prestazioni anche in un mercato concorrenziale. La controprestazione dell'autorità pubblica consisterà nell'attribuzione all'impresa che eroga un servizio che altrimenti non avrebbe erogato di compensazioni economiche ovvero di attribuzione di diritti speciali ed esclusivi: così, V. LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, n.4/2015, p. 446; cfr., altresì, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, n. 1-2/2014, g. 55: «la teoria economica del diritto, dal suo punto di vista, spiega che gli enti pubblici sono obbligati ad intervenire quando sia necessaria una allocazione efficiente in mercati incompleti, ove soluzioni consensuali non siano in grado di compensare costi sociali con il pagamento di un prezzo ... tradotto in termini giuridici, ciò significa che vi sono interessi a protezione necessaria, che in un determinato contesto storico e territoriale debbono essere necessariamente soddisfatti anche quando non siano oggetto di iniziativa privata».

¹⁶ La giurisprudenza, anche amministrativa (CG, Sez. III, 15/10/2009, C-196/08, Acoset; Cons. Stato, Sez. V, 30/09/2010, n. 7214 e Sez. VI, 16/03/2009, n. 1555), ha messo in luce la differenza tra la società *in house* e la società mista; mentre la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale (e, per questo, sono richiesti i requisiti del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente *in house* in favore dell'amministrazione stessa), la diversa figura della società mista a partecipazione pub-

scimento di una sostanziale natura giuridica pubblica di tali soggetti.

In questo senso va richiamata la Relazione illustrativa del Consiglio dei Ministri al Testo unico sulle società partecipate nella quale è stato precisato, con riguardo alle società *in house*, che tale modello "nato storicamente in ambito pubblicistico", presenta varianti e deroghe rispetto al modello civilistico, disciplinate testo unico; conseguentemente, "più che una eccezione alla disciplina degli appalti, la società *in house* rappresenta l'espressione della possibilità dell'amministrazione di auto-produrre beni e servizi: il punto non è tanto quello della deroga o dell'eccezione alla messa a gara, quanto la circostanza che la disciplina non si applichi *ab origine* in quanto la società *in house* non è soggetto terzo rispetto all'amministrazione affidante"¹⁷. In mate-

blica in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovano convergenza. In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta un'unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto. Si veda altresì Consiglio di Stato (Sent. 28 febbraio 2013, n. 1225) secondo cui "l'amministrazione che promuove la costituzione della società mista, sceglie il suo socio attraverso una procedura pubblica (il primo oggetto è dunque la qualità di socio) al fine di affidare allo stesso compiti operativi di rilievo economico, di interesse dell'amministrazione (è questo il secondo oggetto). Il socio operativo dunque prende parte alla società mista non perché vuole condividere il rischio dell'intrapresa, com'è comune per i soci di una società commerciale, ma perché vuole svolgere i compiti operativi di cui il proprio partner pubblico necessita. Lo schema societario contiene e veicola per il socio privato le utilità del contratto di appalto. Se questo è vero, allora, l'interesse sostanziale (cd. bene della vita) del socio privato aggiudicatario della gara a doppio oggetto, è ben diverso da quello del partner pubblico, in specie ove quest'ultimo coincida con la stessa amministrazione aggiudicatrice. Resta da vedere come questo interesse sostanziale è protetto direttamente dall'ordinamento: se cioè quest'ultimo, in caso di asserita violazione delle norme che disciplinano l'affidamento dei contratti pubblici, riconosca al partecipante una posizione giuridica di interesse legittimo autonoma rispetto a quella evidentemente riconosciuta alla società partecipata".

¹⁷ Così, P. PETTITI, *Commento all'art. 16 TUSPP*, in AA.VV. (a cura di G. MEO - A. NUZZO), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2017, p. 231; vd. tra le tante, Corte giustizia UE, 11/172005, n.C-26/03, cd. Oberlandesgericht Naumburg, punto 48: «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici». Per quanto concerne il modello organizzativo *in house*, la Corte di Giustizia, richiamando integralmente i noti principi in tema di controllo analogo e di attività prevalente, non ha giudicato del tutto incompatibile con le regole comunitarie l'affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore di società a capitale interamente detenuto dagli enti locali, giustificando

ria, trovano, pertanto, applicazione, quanto al rapporto con la Pubblica Amministrazione committente, l'art. 12, Direttiva Ue 24/2014 (Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico)¹⁸ e poi l'art. 4, commi 7 e 8, d.l. 95/2012, conv. con modificazioni dalla L. 135/2012 (cd. spending review bis)¹⁹. Da esse riviene la coesistenza del principio di libera concorrenza, in forza del quale le pubbliche amministrazioni acquisiscono sul mercato i beni e servizi occorrenti alla propria attività mediante procedure concorrenziali, con il principio di libera organizzazione della PA²⁰, entrambi

tali ipotesi limitatamente a casi eccezionali in cui «l'ente, sulla persona di cui trattasi, possiede un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano».

¹⁸ Secondo tale disposizione «un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) 'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.

¹⁹ Co. 7: «Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo...omissis...».

Co. 8: «A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house...» (Comma modificato dall'articolo 1 della Legge 7 agosto 2012, n. 135, in sede di conversione e successivamente dall'articolo 34, comma 27, del d.l. 18 ottobre 2013, n. 179, convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221 ed inapplicabile alle Regioni a statuto ordinario, giusta sentenza Corte Costituzionale 16 luglio 2013, n. 229).

²⁰ In forza di tale principio l'ente locale deve motivare, anche attraverso atti formali (come previsto dall'art. 34 d.l. 179/2012 ed entro il 31.12.2013), le proprie scelte sulle forme di gestione del servizio, nella prospettiva di economicità e del rispetto dei

presenti nell'Ordinamento unionale.

Particolare rilevanza, assumono poi le limitazioni di carattere finanziario che comportano profonde differenze rispetto alla disciplina generale di diritto privato.

Come è noto, l'art. 126 del TFUE (Trattato UE) vieta i disavanzi pubblici eccessivi prevedendo specifiche sanzioni in caso di violazione. Le disposizioni attuative, oggetto di recenti modifiche ed integrazioni, hanno disciplinato il cd. braccio preventivo (*preventive arm*) basato sulla sorveglianza delle politiche fiscali ed il cd. braccio correttivo (*corrective arm*) volto alla correzione dei disavanzi eccessivi. Come stabilito da tempo (art. 29, L.448/2001), le amministrazioni pubbliche possono anche organizzarsi attraverso società in house al fine di conseguire economie di gestione nello svolgimento delle attività strumentali al raggiungimento di fini propri²¹ (così il V considerando della Direttiva UE 24/2014²²).

Invero, una prima limitazione è stata posta dall'art. 3, c. 27, della legge n.244/2007²³ (norma poi abrogata

requisiti previsti dal diritto europeo, verificando se vi siano margini di liberalizzazione del servizio o di ricorso al mercato. Principalmente l'affidamento di tali servizi dovrà avvenire a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, a favore di società di capitali interamente private o a società miste pubblico-private, ovvero in via diretta a società rispondenti allo schema dell'in house providing, nel rispetto degli elementi costitutivi di tale figure. In relazione alla formula organizzativa della società mista, vi è da valutare la necessità di espletamento di una gara a "doppio oggetto" avente al contempo, sia ad oggetto l'affidamento del servizio che la selezione del socio privato, nonché del quantum di quote societarie da attribuire al privato, con il rischio che il nuovo soggetto misto possa non aggiudicarsi quel servizio, che è proprio lo scopo della sua formazione. Sulla tematica si registrano altresì alcuni interventi della magistratura contabile che hanno sostenuto l'ammissibilità delle società miste volte all'erogazione di servizi pubblici locali, quali società di erogazione servizi di interesse generale (ex art. 3, comma 27 L. 244/2007), prescindendo dai limiti demografici della popolazione di riferimento come posti dall'art. 14 co. 32 del d.l. n. 178/2010, sulla base dell'assunto della valutazione a monte circa il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente effettuato dal legislatore.

²¹ Parere del Cons. Stato, sez. II, del 30/1/2015 n. 298; Cons. Stato, ad. plen. 3/3/2008, n. 1.

²² «È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici... omissis...»

²³ «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente [o indirettamente] partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, co. 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui

dall'articolo 28, co. 1, lettera f), del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e quasi identicamente sostituita con l'art. 4, stesso Decreto)²⁴; già con detta norma si prevedeva che la società sviluppasse attività strumentali in equilibrio economico per le quali ne fosse dimostrata la stretta necessità, ex co. 611 e 612, art.1, l.190/2014²⁵.

In forza della normativa richiamata, la conservazione e la sostenibilità dell'equilibrio economico appare carattere fondamentale per l'esistenza soggettiva di qualunque società pubblica, ma soprattutto per quella in-house; al riguardo, si veda altresì la normativa introdotta con l'art.1, commi 550, 551 e 552, L. 147/2013²⁶, già applicabile alle società di capitali, mo-

all'art. 1, co. 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza". Comma modificato dall'art. 18, co. 4-octies, del d.l. 29 novembre 2008 n. 185 e successivamente dall'art. 71, co. 1, lettera b), della legge 18 giugno 2009, n. 69 e poi abrogato dall'art. 28, co. 1, lettera f), del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

²⁴ Co. 1: «Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società»; comma 2: «Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale ... d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento».

²⁵ «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni; d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.»

²⁶ Testo in vigore dei commi 551 e ss.: «551. Nel caso in cui i soggetti di cui al comma 550 presentino un risultato di esercizio o saldo finanziario negativo, le pubbliche amministrazioni locali

dificata dall'art. 27, co. 2, d.lgs. n. 175/2016 e sostituita dall'art. 21, d.lgs. 175/2016, secondo la quale l'esistenza soggettiva delle società in-house è compromessa da risultati di esercizio in perdita, sebbene la P.A. proprietaria sia chiamata, con apposite contabilizzazioni, alla copertura delle perdite sia *in fieri* che cristallizzate. È utile ricordare che la gestione di servizi strumentali, da parte delle società in house, risponde dei risultati di esercizio conseguiti. In altre parole, i conti economici delle società in house devono chiudersi senza risultati di esercizio in perdita, pena le disposizioni di cui al co. 3, art. 21, d.lgs. 175/2016, di cui ai commi 4 e 5, art. 14, stesso Decreto, e di cui alla lett. e), co. 2, art. 20, stesso Decreto, che fanno seguito ai citati commi 551 e ss., art. 1, l. 147/2013 (si vedano anche l'art. 6, co. 19, d.l. 78/2010, conv. in l. 122/2010²⁷ e il co. 5, art. 14,

partecipanti accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Per le società che redigono il bilancio consolidato, il risultato di esercizio è quello relativo a tale bilancio. Limitatamente alle società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, compresa la gestione dei rifiuti, per risultato si intende la differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell'articolo 2425 del codice civile. L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione. 552. Gli accantonamenti di cui al comma 551 si applicano a decorrere dall'anno 2015. In sede di prima applicazione, per gli anni 2015, 2016 e 2017: a) l'ente partecipante di soggetti che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio negativo accantona, in proporzione alla quota di partecipazione, una somma pari alla differenza tra il risultato conseguito nell'esercizio precedente e il risultato medio 2011-2013 migliorato, rispettivamente, del 25 per cento per il 2014, del 50 per cento per il 2015 e del 75 per cento per il 2016. Qualora il risultato negativo sia peggiore di quello medio registrato nel triennio 2011-2013, l'accantonamento è operato nella misura indicata dalla lettera b); b) l'ente partecipante di soggetti che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio non negativo accantona, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, una somma pari al 25 per cento per il 2015, al 50 per cento per il 2016 e al 75 per cento per il 2017 del risultato negativo conseguito nell'esercizio precedente. 553. A decorrere dall'esercizio 2014 i soggetti di cui al comma 550 a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza. Per i servizi pubblici locali sono individuati parametri standard dei costi e dei rendimenti costruiti nell'ambito della banca dati delle Amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, utilizzando le informazioni disponibili presso le Amministrazioni pubbliche. Per i servizi strumentali i parametri standard di riferimento sono costituiti dai prezzi di mercato.»

²⁷ Che prevedeva il divieto di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, nonché di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che avessero registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che avessero utilizzato riserve disponibili per il ripianamento

d.lgs. n.175/2016). Ne discende che, nel complesso del conto economico, deve evincersi che la gestione caratteristica e la gestione extra caratteristica siano in equilibrio. Il presupposto economico consiste nel fatto che i ricavi della società in house siano idonei ad erogare i servizi richiesti dalla P.A. e che rispetto a detti ricavi (che, compresa l’IVA se dovuta, costituiscono spese della P.A. committente), i costi di esercizio siano correlati e congrui, in base al normale presidio organizzativo dovuto nelle società commerciali.

L’impianto normativo richiamato trova conforto nel d.lgs. 175/2016, che, nel prevedere espressamente la fallibilità delle società pubbliche, coerentemente con chiari indirizzi giurisprudenziali²⁸, attribuisce particolare rilevanza al principio di equilibrio economico finanziario. L’art. 14 del Testo Unico n. 175, pur assoggettando le “Società a partecipazione pubblica”, alle re-

di perdite anche infrannuali.

²⁸ Essendo indubitabile che «la scelta del legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione del principio di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell’ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all’interno dello stesso mercato con la stessa forma e con le stesse modalità» (Cass., 15 maggio 2013, n. 22209); e circa la sottoponibilità a fallimento delle società in house, giova ricordare che il d.l. c.d. *spending review* (d.l. 95/2012, convertito in l. 135/2012), in materia di società a partecipazione pubblica, ha dettato una norma generale sulla disciplina codicistica delle società di capitali, precisando che «le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali» (art. 4, tredicesimo comma). Non è dato rinvenire una norma che espressamente legittimi la sottrazione al diritto comune delle società a partecipazione pubblica. Di qui il terzo comma dell’art. 1 del Testo Unico, d.lgs. 175/2016: «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alla società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato». Se dunque, come ha sottolineato anche la Cass., 13 maggio 2013, n. 11417, «obiettivo del legislatore è impedire che gli enti pubblici, operanti a mezzo di società di diritto privato, agiscano con una razionalità estranea al mercato», il generale rinvio alla disciplina codicistica delle società di capitali ex art. 4, terzo comma, d.l. 95/2012, comporta la riaffermazione della regola generale di cui all’art. 2221 c.c., che estende il fallimento a tutti gli imprenditori, esclusi gli enti pubblici propriamente tali. La società in house «è comunque destinata a entrare in contratto con i terzi». Può così concludersi per l’affermazione di quell’indirizzo giurisprudenziale, seppure non uniforme, che, basandosi sul principio che la società per azioni a partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto privato solo per il fatto che lo Stato o gli enti pubblici ne posseggono azioni in tutto o in parte, ha statuito che «le società costituite nelle forme previste da codice civile ed aventi ad oggetto un’attività commerciale sono assoggettabili al fallimento» (Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991).

gole di diritto concorsuale comune che accompagnano nella fase di crisi e di insolvenza tutte le imprese commerciali, risponde alla evidente finalità di salvaguardia dell’equilibrio economico e/o alla capienza della dotazione di capitale della società pubblica nel caso di insuccesso delle cd. “procedure di allerta”²⁹. Il carattere residuale della previsione espressa di fallibilità in capo alle società pubbliche trova conferma nel secondo comma dell’art. 14 TUSPP secondo cui, qualora emergano, nell’ambito di programmi di valutazione del rischio, uno o più indicatori di crisi aziendale, l’organo amministrativo dovrà adottare senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l’aggravamento della crisi; “cogliere tempestivamente i primi segni della crisi significa possibilità di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause attraverso un idoneo piano di risanamento, con un tempestivo ingresso nella procedura quando ancora l’insolvenza non è irreversibile”³⁰ (coerentemente con il criterio dell’economicità, tale per cui l’attività produttiva si alimenta con i suoi stessi ricavi, in modo da non trasformare l’impresa pubblica in azienda di erogazione³¹). Il quarto comma dell’art.14 impedisce qualsivoglia intervento dell’ente pubblico che non sia accompagnato da apposito piano di risanamento aziendale, che attesti la sussistenza di concrete possibilità di recupero dell’equilibrio economico delle attività svolte dalla società³². Il quinto comma dello stesso articolo³³, nel riproporre una previsione già presente in passato,³⁴ reca il divieto di copertura delle perdite da parte del socio pubblico per le società in perdita per tre esercizi (sintomo di strutturale insostenibilità economica delle

²⁹ Sulle procedure di allerta, cfr. G. SANTONI, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 735; M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumento di tempestiva rilevazione dello stato di crisi d’impresa*, in *Fallimento*, 2009, p. 1106; S.FORTUNATO, *Il controllo dei rischi: informativa del mercato e revisione contabile*, in *Riv. Soc.*, 2009, pag. 1109; F. FIMMANÒ, *Insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, Napoli, cit. vol. II, p. 687.

³⁰ Così, G. RACUGNO, *Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Soc.*, 2016, p. 1147.

³¹ *Ib.*, 1147; sulle aziende di erogazione, si rimanda alla tradizione aziendalistica italiana, tra cui, P.E. CASSANDRO, *Le gestioni erogatrici pubbliche*, Torino, 1963; A.AMADUZZI, *Aziende di erogazione. Primi problemi di organizzazione, gestione e rilevazione*, Messina, 1936.

³² Cfr. G. D’ATTORRE, *La crisi di impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV. (a cura di F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ), *Le società pubbliche*, cit., p. 680.

³³ Per cui la presenza di perdite per tre periodi consecutivi comporta il divieto di aumenti di capitale, il divieto di trasferimenti straordinari (salvo che a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti), il divieto di aperture di credito ed il divieto di rilascio di garanzie a favore delle società partecipate; ed è comunque previsto che a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico e la sanità, con DPCM possano essere autorizzati gli interventi vietati.

³⁴ Art. 6, co. 19, d.l. n. 78/2010, conv. in Legge n. 122/2010.

società partecipate), quale reazione ordinamentale rispetto a gestioni societarie pubbliche incapaci di gestire la crisi, azionando le procedure di allerta e recupero³⁵.

Le disposizioni sull'obbligo di copertura delle perdite dimostrano come "il legislatore abbia voluto porre in essere un vincolo stringente fra i risultati negativi conseguiti dalla società partecipata e l'ente locale partecipante"³⁶, adottando "una disciplina decisamente più rigida di quella prevista dal codice civile per i soci delle società di capitali"³⁷. Accanto alle comuni azioni di responsabilità verso gli organi societari, il rappresentante dell'ente pubblico-socio è soggetto alla responsabilità gius-contabile per aver pregiudicato, nell'esercizio dei diritti spettanti al socio, il valore della partecipazione, giusta co. 2, art. 12, d.lgs.175/2016.

2. I vincoli di natura finanziaria e giuscontabile

Procedendo nell'analisi sui vincoli di natura finanziaria, occorre, sia pure rapidamente, affrontare il tema della giurisdizione contabile in materia di società in house. Invero, la Cassazione, a sezioni unite (sentenza 25 novembre 2013, n. 26283³⁸), ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni cagionati al patrimonio di società in house, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici. Tale pronuncia conferma il radicamento della giurisdizione contabile in capo alla Corte dei Conti³⁹, quanto alle gestioni pubbliche o a

gravame di risorse pubbliche, effettuate in violazione dei canoni gius-contabili vigenti, giungendo a configurare le società in house quali mere articolazioni interne della P.A. Nella sentenza citata viene affermato significativamente: «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». Ne consegue che il danno inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori sarebbe arrecato ad un patrimonio separato, ma pur sempre riconducibile all'ente pubblico, e quindi danno erariale⁴⁰.

Le stesse SS.UU. precisano che l'espressione "controllo" non allude all'influenza dominante che il titolare della partecipazione totalitaria o maggioritaria è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e di riflesso sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna rilevante autonomia gestionale. E non è un caso che il TUSPP ora prevede espressamente di attribuire una o più funzioni gestorie all'assemblea dei soci, in esplicita deroga all'art. 2380-bis e 2409-*nonies* c.c., ovvero prevede patti parasociali più lunghi (art.16 TUSPP), proprio per consentire il comando pubblico, oltre che attraverso i contratti di affidamento del servizio, anche nei tipici "luoghi" societari delle spa.

Tali conclusioni sono confortate dalla stessa Cassazione a SS.UU. che ha qualificato come ente pubblico, sia pure ai fini della giurisdizione erariale, una società per azioni regionale il cui statuto sociale comprimeva talmente l'autonomia dell'organo gestorio di modo che «l'individuazione di cosa dovesse "fare" annualmente il soggetto neo costituito, non solo non risultava affidata a determinazioni interne ed autonome dei suoi organi, ma, per disposto di legge regionale, spettava ad una deliberazione della giunta regionale, previo parere del consiglio, sicché l'agire della società dipendeva non da scelte, anche solo formalmente, adottate dagli organi in cui si esprimeva la sua soggettività, ma originanti direttamente dalla Regione, che quegli organi dovevano eseguire».⁴¹ In tali casi, concludono le Sezioni Unite, la società «pur nella sua formale veste societaria» si connota «come un sostanziale ente pubblico».

Le società in house sono altresì sottoposte ad ob-

estriore ma costituiscono in realtà delle articolazioni della p.a. da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi; gli organi di tali società, sono preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa p.a., e sono a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio».

⁴⁰ Cfr. F. FIMMANÒ, *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in *Le società pubbliche*, cit., p. 69.

⁴¹ Cass. S.U. (ord.) 5 dicembre 2016, n. 24737.

³⁵ «Di converso, nelle società di capitali in genere, l'unica *sonnette d'alarme* prevista dal legislatore è sostanzialmente costituita dai doveri di informazione in capo agli amministratori sul *deficit* del capitale sociale previsto dagli artt. 2446-2447 (riduzione del capitale sociale di oltre un terzo in conseguenza di perdite), con assenza di rilevatori sul venir meno della continuità aziendale e sulla crisi finanziaria»: così, G. RACUGNO, *Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*, cit. p. 1147.

³⁶ Cfr. F. LANATÀ, *Commento all'art. 21 TUSPP*, in AA.VV. (a cura di G. MEO - A. NUZZO), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n.175*, cit. p. .315.

³⁷ Così, A. CAROSI, F. CAPALBO, M. SORRENTINO, *Le norme finanziarie sulle società partecipate dalle amministrazioni locali*, in AA.VV. *Le società pubbliche*, cit., vol. II, 2016, p. 810.

³⁸ Commentata da C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. Comm.*, n. 1/2014, pag. 13 ss., da S. SARDELLI, *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimine tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, in *Giur. Comm.*, n. 3/2015, p. 464, da E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in) compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. Comm.*, n. 2/2015, p. 236, da M. DI LULLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società in house che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro Amm.*, n.10/2014, p. 2498 e da M. ANDREIS, *Il velo squarciato*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2014, p. 400 e ss.; detta sentenza è stata seguita da altre di simile tenore: n.27993/2013, n.7177/2014, n.22609/2014.

³⁹ Così, anche Cass. civ., sez. un., 10 marzo 2014, n. 5491 secondo cui «le società in house hanno della società solo la forma

blighi del tutto simili agli enti partecipanti: al riguardo, l'ANAC, nella Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015, recante Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privati controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici, punto 2.1.3, fa presente "che alle società in house, che pure rientrano nell'ambito di applicazione delle presenti Linee guida, si applicano gli obblighi di trasparenza previsti per le pubbliche amministrazioni, senza alcun adattamento. Infatti, pur non rientrando fra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001, in quanto organizzate secondo il modello societario, dette società, essendo affidatarie in via diretta di servizi ed essendo sottoposte ad un controllo particolarmente significativo da parte delle amministrazioni, costituiscono nei fatti parte integrante delle amministrazioni controllanti".

Le società in house possono altresì essere stazioni appaltanti, ed in tal senso, nel documento "Consiglio dell'ANAC del 28/12/2016. Proposta di Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016. Nella relazione AIR (Analisi di Impatto della Regolamentazione), punto 2.1, riguardante "la giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di *"in house providing"*", si può leggere: «con l'espressione *"in house providing"* si fa riferimento all'affidamento da parte di un ente pubblico di un appalto o di una concessione in favore di una società controllata dall'ente medesimo, senza ricorso alle procedure di evidenza pubblica, in virtù della peculiare relazione intercorrente tra l'ente pubblico e il soggetto affidatario, per cui quest'ultimo – nonostante sia una persona giuridicamente distinta – può essere qualificato come una «derivazione» o una *longa manus* dell'amministrazione. Si tratta di un istituto creato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità dell'affidamento diretto (senza gara) di appalti e concessioni tutte le volte in cui l'organismo affidatario, ancorché dotato di autonoma personalità giuridica, presenti connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione a un «ufficio interno» dell'amministrazione affidante. In tali casi, il rapporto tra i due enti (affidante e affidatario) è solo apparentemente un rapporto intersoggettivo, configurandosi di fatto come un rapporto di delegazione interorganica⁴².

⁴² Cfr. D. DI RUSSO, *Crisi di impresa e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Azienditalia* n. 10/2016, p. 927: "tali società sono una *longa manus* dell'amministrazione socia: la società si identifica e immedesima, sostanzialmente, con l'amministrazione"; cfr., altresì, Corte cost., Sent. n. 50/2013; Cass., SS.UU., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015,

Conseguentemente, la Corte ha ritenuto che in presenza di tale relazione – di cui ha precisato presupposti e limiti – non si configuri un ricorso delle amministrazioni al mercato finalizzato all'approvvigionamento di beni o servizi (outsourcing) ma una forma di «auto-produzione» di quei beni o servizi mediante strumenti propri (in house).

Come evidenziato dalla sentenza a SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, e, soprattutto, come previsto dalle norme di ambito finanziario, le società pubbliche in house sono assoggettate ai vincoli economici derivanti dal soppresso c.d. patto di stabilità o dal vigente "saldo non negativo"⁴³, sia per l'inserimento nel bilancio consolidato dell'ente capogruppo delle risultanze della in house⁴⁴, sia per i maggiori controlli, da parte degli enti pubblici partecipanti, a tal fine imposti da varie norme di settore, come per esempio, per gli enti locali, dall'art. 147-*quater* del Testo unico sugli enti locali (articolo introdotto dal d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213). Le stesse società sono assoggettate alle norme in materia di contenimento delle spese di personale, all'attualità previste dal co. 5 e ss., art.19, d.lgs. 175/2016 TUSPP; va ricordato che le misure in tema di contenimento delle spese di personale, furono inizialmente poste dall'art. 76, co. 7 del d.l. 112/2008⁴⁵, quindi con il co. 9, art. 4, d.l. n.95/2012 conv. in l.135/2012 e con il comma 558, art.1, l.147/2013 (quest'ultimo, che interpolava il succitato comma 7, art.76, d.l.112/2008, è stato abrogato dall'art. 28, co. 1, lettera s), del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175)⁴⁶.

n. 5848; si v. anche C.d.S, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

⁴³ Vd. commi 709 ss., art. 1, L.208/2015, e poi art. 9, L. 243/2012, come modificato dalla L. 164/2016; cfr. M. AULENTA, *The Usefulness of the Fiscal Compact to supersede the Domestic Stability Pact*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, n. 2/2016, p. 241 ss.

⁴⁴ Vd. l'allegato 9 (4.4) del D.lgs. 118/2011, come aggiunto dall'art. 2, co. 2, lettera a), del D.Lgs. 10 agosto 2014, n. 126, recante il consolidato delle P.A., disciplinato dall'art. 11-*bis*, stesso Decreto, ove non a caso, ai fini dell'inserzione nel consolidato viene considerato: "qualsiasi ente strumentale, azienda, società controllata e partecipata, indipendentemente dalla sua forma giuridica pubblica o privata, anche se le attività che svolge sono dissimili da quelle degli altri componenti del gruppo" e, nella sanità, l'art. 32, stesso Decreto e, nelle regioni, l'art. 68, stesso Decreto; vd. infine l'art. 233-*bis* TUEL, quanto ai Comuni.

⁴⁵ Tale comma fu oggetto di interpretazione da parte della Corte dei conti, con deliberazione n. 14/2011 la Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, in cui si provvede, con una ragionevole formuletta, ad assieme i costi del personale della partecipata, con le spese del personale dell'ente partecipante; in riferimento al consolidamento dei costi del personale, cfr. L.MANASSERO, *L'evoluzione del trattamento economico e giuridico del personale delle società in house*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, cit., p.921 ss.

⁴⁶ Le società in house sono assoggettate alle norme vincolistiche in tema di reclutamento, a partire dal comma 1, art. 18 del d.l. n. 112/2008, ove si prevedeva in capo alle società pubbliche che i criteri e le modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi fossero posti nel rispetto dei principi di cui al co. 3 dell'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; detto comma, ripetutamente modificato, è stato abrogato

Giova, infine, rammentare che le società in house possono rientrare, quali unità istituzionali, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, giusta § 20.17 e 20.18, REG.(UE) N. 549/2013 del 21 maggio 2013, cd. SEC10, a mente del quale sussiste un test di assimilazione, con riguardo alla qualifica di unità istituzionale, al controllo da parte di un'amministrazione pubblica e alla produzione di beni o servizi non destinabili alla vendita⁴⁷.

3. Dalla soggettività civilistica alla soggettività tributaria di società pubbliche e in house

Il diritto europeo distingue i servizi di interesse economico generale (SIEG) dai servizi di interesse generale (SIG), intesi come quelli che non sono suscettibili di essere gestiti esclusivamente in regime di impresa e che attengono ai bisogni primari del cittadino (quali, ad esempio, scuola, sanità, assistenza sociale)⁴⁸. Il TFUE non definisce i servizi di interesse generale non economici (SIG), come invece fa per i SIEG, all'art. 14 e al Protocollo 26 allegato. La nozione dei SIG va rintracciata, invece, nel Libro verde sui servizi di interesse generale⁴⁹ e nel Libro bianco sui servizi di interesse generale⁵⁰. I SIG consistono in un insieme più ampio, nel quale rientrano i SIEG, e che consistono in attività svolte senza che venga richiesto un corrispettivo ai cittadini, e che ricomprendono tanto l'esercizio di pubblici poteri che attività di carattere puramente sociale, mentre i SIEG sono servizi che vengono offerti

dall'articolo 28, comma 1, lettera g), del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175; all'attualità, il TUSPP disciplina le modalità di reclutamento al co. 2 dell'art.19.

⁴⁷ «L'insieme di queste definizioni suggerisce la considerazione, più generale, che l'elemento qualificante della pubblica amministrazione nel diritto comunitario è di ordine funzionale e consiste nell'essere produttore di beni e servizi che non sono destinabili alla vendita. Trova conferma, dunque, che il perimetro della pubblica amministrazione ai fini finanziari si definisce in termini di antitesi al perimetro del mercato»; così, P. GOTTI, *La problematica 'nozione finanziaria' di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review*, in *Dir. Amm.*, n.1/2, 2016, p. 200.

⁴⁸ Così, testualmente, Cons. Stato, Commissione speciale – Pare n. 1075 del 3 maggio 2016.

⁴⁹ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale [COM(2003) 270 final [COM(2003) 270 def. - Gazzetta ufficiale C 76 del 25.03.2004], «punto 31; spetta primariamente alle autorità competenti a livello nazionale, regionale e locale definire, organizzare, finanziare e monitorare i servizi di interesse generale. Da parte sua, la Comunità mantiene la competenza in settori importanti anche per i servizi di interesse generale: il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato, la libera circolazione, la politica sociale, i trasporti, l'ambiente, la sanità, la politica dei consumatori, le reti transeuropee, l'industria, la coesione economica e sociale, la ricerca, gli scambi e la cooperazione allo sviluppo, la fiscalità».

⁵⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004, intitolata «Libro bianco sui servizi d'interesse generale» [COM(2004) 374 def. - Non pubblicata nella Gazzetta Ufficiale]

sul mercato dietro pagamento di un prezzo o canone che remunera (anche eventualmente in parte, come si vedrà oltre) il costo del servizio e del capitale investito. La definizione di SIG elaborata dalla Commissione appare recepita dal legislatore italiano nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica⁵¹, e in grado di ricomprendere tutte le attività, diverse dai SIEG, pure definiti nel Testo Unico⁵², in cui lo stesso TUSPP legittima l'investimento in capitale di rischio da parte delle pubbliche amministrazioni ovvero l'esercizio dei medesimi attraverso enti strumentali, pubblici o privati⁵³.

Va, altresì, riferito che, pur nell'ambito del generale divieto di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, di cui all'art.4, co. 1, d.lgs. 175/2016, il successivo secondo comma, alle lettere b) e d), consente la costituzione di società che producano un servizio di interesse generale o l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente, così subordinando la possibilità per le amministrazioni pubbliche di costituire società di capitali sia alla stretta necessità rispetto al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, sia all'esclusività di tali finalità. Come avvertito, tale condizione non va intesa in senso assoluto, bensì relativo: vale a dire come sussistenza di elementi di fatto e di diritto, ossia di condizioni ambientali, sociali, finanziarie, economiche e giuridiche che fanno apparire la scelta del modulo societario come la più razionale, efficiente e ragionevole possibile per l'ente pubblico⁵⁴.

In sostanza, la definizione di servizi di interesse generale evoca la categoria di servizio pubblico, con la

⁵¹ Definizione di servizi di interesse generale; lett. h), co. 1, art.2, d.lgs. 175/2016: «le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento».

⁵² In base alla lettera i), co. 1, art.2, d.lgs. 175/2016 i servizi di interesse economico generale sono «i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato».

⁵³ L'art. 2, co. 1, lett. h.) del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, definisce «servizi di interesse generale», le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale».

⁵⁴ Così, M. SCIASCIA, *Limiti teleologici all'intervento pubblico in società di capitali*, in AA.VV. (a cura di FIMMANÒ F. - CATRICALÀ A.), *Le società pubbliche*, I, cit. p. 180.

quale ha evidenti profili di stretta contiguità, sebbene a livello europeo, la caratteristica pubblica del servizio venga riferita ora alla collettività degli utenti, talora all'interesse perseguito alla sua erogazione, talaltra alla natura giuridica del soggetto erogante⁵⁵.

Come noto, la legittimità dell'affidamento "in house" – in alternativa al principio dell'affidamento del servizio da parte della pubblica amministrazione mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica – è stata affermata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Coerentemente con l'orientamento volto a far prevalere il fenomeno economico rispetto alla forma adottata, è stato ritenuto possibile che, al di là del velo della personalità giuridica, la società partecipata sia gestita dall'ente affidante i servizi al pari di una propria articolazione interna. Requisito legittimante l'affidamento diretto⁵⁶ – il cosiddetto 'controllo analogo' – è l'assenza di una 'reale' e completa autonomia gestionale da parte della società controllata⁵⁷. Nonostante da un punto di

vista giuridico-formale la società affidataria sia titolare di una autonoma soggettività giuridica, da un punto di vista economico (e del diritto europeo dell'impresa) l'affidataria è considerata parte della pubblica amministrazione, non sussistendo con essa alcuna alterità⁵⁸. Conclusivamente, l'esercizio del "controllo analogo" non snatura la società *solo ove* coerente con i principi fondamentali in materia di organizzazione delle società di capitali⁵⁹.

In considerazione di quanto innanzi potrebbe sostenersi che l'amministrazione controllante/affidante abbia più opzioni: adottare un modello gestionale 'privatistico', evitando l'introduzione nello statuto di clausole statutarie «che siano troppo forti e degradino la partecipata, vanificando quell'esigenza di efficienza e snellezza che certamente ha contribuito alla sua creazione e rendendola quasi "inutile", non potendosi giustificare la creazione di un semplice ufficio»⁶⁰; adottare un modello di gestione "pubblicistico" in cui il socio si riserva statutariamente, deviando totalmente dal modello societario di diritto comune, pervasivi poteri di gestione diretta, in deroga alla disciplina di diritto comune. In quest'ultimo caso sarebbe possibile ipotizzare che si determini, al pari di quanto accade con le "società legali"⁶¹, l'assimilazione della società 'in house' agli enti pubblici economici⁶². L'opzione di derogare agli artt. 2380-*bis* e 2408-*novies* altera così pro-

⁵⁵ Cfr. M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 92 ss. Secondo la giurisprudenza amministrativa sono da comprendere tra i servizi pubblici il servizio sanitario nazionale e quello farmaceutico; l'assistenza e la previdenza sociale, l'energia elettrica; le telecomunicazioni; le trasmissioni radio e quelle televisive; i trasporti ferroviari, via mare e aerei; le comunicazioni; l'erogazione del gas e dell'acqua potabile; l'attività di distribuzione di gas naturale; le poste; la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani; la pubblica istruzione e, in particolare, gli asili nido e l'attività di refezione nelle scuole materne ed elementari; l'illuminazione pubblica; l'illuminazione cimiteriale (con la precisazione che trattasi di servizio pubblico locale a rilevanza economica a fruizione individuale. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 24/01/2013, n. 435; Tar Sicilia Catania, Sez. II, 03/08/2012, n. 1993; Tar Campania Napoli, Sez. I, 29/04/2011, n. 2409; Cons. Stato, Sez. V, 24/03/2011, n. 1784; Tar Lombardia Milano, Sez. I, 11/02/2011, n. 450 e Cons. Stato, Sez. V, 11/08/2010, n. 5620); il servizio cimiteriale di inumazioni ed esumazioni; l'edilizia economica e popolare e l'edilizia residenziale pubblica; l'attività di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici svolta dagli organismi di attestazione; i mercati pubblici; le pubbliche affissioni; tutti i servizi pubblici locali contemplati dall'art. 113, d.lgs. n. 267/2000; il servizio di tesoreria; il servizio di scuolabus; le fognature; i macelli pubblici; la vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare; i servizi di pubblica utilità di cui alla L. n. 481/1995; il monitoraggio dei fumi degli impianti industriali. Vd. VOLPE C., *I servizi pubblici*, in V. CERULLI IRELLI, *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, 2000.

⁵⁶ Unitamente al 'controllo analogo' la giurisprudenza riteneva necessario che l'ente affidante/partecipante detenesse l'intero capitale della società affidataria (Corte Giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG; Corte Giust. CE, 10 novembre 2005, C-29/04, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria, c.d. "caso Modling"; Corte Giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04, Associazione nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA);

⁵⁷ Corte di Giustizia sentenza Corte Giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal; Corte Giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle c. TREA Leuna; Corte Giust. 23 novembre 2005, C-458/03 e Parking Brixen, in *Giur. comm.*, 2007, II, 60 ss. con nota di I. OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario,*

gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario, a 63 ss. Corte Giust. 11 maggio 2006, C 340/04, Carbotermo; Corte Giust. 18 gennaio 2007, C-220/05, Jean Auroux. Cons. Stato Sez. V n. 5/2007; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1/2008. Per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica*, Assago, 2016, p. 1046; OCCHILUPO I., *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 525 ss. La legittimità dell'affidamento in house è ora espressamente contemplata dall'art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 in materia di appalti pubblici, dall'art. 28 della direttiva 2014/25/UE in materia di appalti pubblici nei settori speciali, e dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni. A seguito dell'entrata in vigore delle predette direttive non è più richiesto, quale requisito legittimante l'affidamento in house, il controllo pubblico totalitario ammettendosi la partecipazione minoritaria (e non in grado di determinare una influenza determinante) dei privati. Inoltre è consentito alla società in house svolgere nei confronti di terzi attività d'impresa in una misura non superiore all'80% delle proprie attività. Cfr. G. SINA, *Fallibilità delle società pubbliche in house: una questione riaperta (o è una falsa questione)? Tra l'incidenza delle nuove direttive U.E. in tema di in house providing e la (in)validità delle relative clausole societarie*, in *Riv. dott. comm.*, 2016, 9; A. CAPRARA, *«In house providing» e mercato: rette parallele o incroci pericolosi?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, p. 515 ss.

⁵⁸ F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 8 aprile 2014, disponibile su www.ilcaso.it; F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 774.

⁵⁹ Cass. S.U. 1/12/2016, n.24591.

⁶⁰ P. PETITTI, *Art. 16, Il testo unico sulle società pubbliche*, a cura di G. MEO - A. NUZZO, cit, p. 238.

⁶¹ Su cui da ultimo, Cass. 9 luglio 2014, n. 15594.

⁶² Cfr. G. MONTEDORO, *Società in house e responsabilità*, in astri-donline.it.

fondamente il funzionamento dell'*in house* rispetto allo schema privatistico, da porla «su un piano diverso dal fenomeno negoziale previsto e disciplinato dal codice civile, ancorché possa mutarne, per espressa previsione di legge, una o più caratteristiche»⁶³, così da farne sostanzialmente un ente pubblico⁶⁴.

Tanto il TUSPP sulle società a partecipazione pubblica, quanto il Codice dei contratti pubblici (art. 192, co. 2⁶⁵) impongono alla P.A. di motivare, tra l'altro, la necessità della società in house, esprimendo un giudizio di convenienza economica rispetto alla «gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato». La norma, pertanto, prevede una comparazione per 'scenario': nello specifico, si tratta di verificare se la conduzione dell'attività realizzata possa essere ottenuta a prezzi più efficienti secondo le altre modalità identificate dal legislatore (gestione diretta o affidamento a terzi). Il criterio utilizzabile. «per porre in essere tale valutazione è quello del costo netto evitabile. Secondo tale criterio saranno scelte le opzioni che minimizzano gli oneri in capo alla collettività»⁶⁶. A tal fine, dovranno

essere tenuti anche in conto i costi che gravano sulla amministrazione relativamente alla gestione amministrativa del servizio per quanto riguarda l'opzione tra autoproduzione (anche nelle forme dell'*in house*) ed esternalizzazione.

La scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione è, sotto il profilo della qualità del servizio offerto alla collettività, condizionata dall'esame preventivo di numerosi elementi tra i quali, a solo titolo esemplificativo: a) la coincidenza tra prodotto e processo produttivo oppure possibilità di specificazione dell'*output*; b) presenza ed intensità di asimmetrie informative a vantaggio del gestore e a danno dell'Ente; c) grado di specificabilità delle clausole contrattuali; d) complessità nella definizione degli obiettivi e nel loro monitoraggio; e) maggiore o minore possibilità di mutamento esogeno del quadro di riferimento⁶⁷. Come già osservato⁶⁸, nell'art. 4, il TUSPP prevede la «causa pubblica» che assume rilevanza decisiva ai fini dell'adozione di tale modello giuridico⁶⁹.

Chiariti tali profili, occorre spostare l'indagine verso la disciplina tributaria verificando se l'adozione della forma giuridica societaria e lo svolgimento di attività di erogazione di servizi pubblici anche attraverso il modello dell'*in house* providing possa assumere rilevanza ai fini del riconoscimento della soggettività ai fini dell'imposta sul reddito delle società (IRES)⁷⁰.

Come è noto, la legislazione tributaria comprende tra i soggetti passivi d'imposta dell'IRE⁷¹ le società di capitali, indipendentemente dall'oggetto dell'attività

⁶³ Cass. SU 9 luglio 2014, n. 15595. L. SALVATO *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto della giurisdizione*, 2015, 23, disponibile su scuolamagistratura.it.

⁶⁴ La ricostruzione dell'istituto dell'*in house* nella giurisprudenza comunitaria (sentenza Teckal, 18 novembre 1999, causa C-107/98) conferma la costruzione segnalata. Le ragioni alla base della costruzione di questa particolare forma di gestione hanno trovato origine in controversie aventi ad oggetto la legittimità o meno di un affidamento diretto, ossia senza previa gara. Ne consegue che l'*in house* viene ad essere concepito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia come eccezione all'evidenza pubblica. In dottrina si veda, fra molti, R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* (a cura di), H. BONURA e M. CASSANO, Torino, 2011, pp. 119-135; C. VOLPE, *L'affidamento in house. Questioni aperte nella disciplina applicabile* in *www.giustizia-amministrativa.it*; da ultimo, R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in P.R. PORTALURI (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014, pp. 23-40, ove si afferma che la gestione in house providing non rappresenta un'eccezione al principio di concorrenza bensì trattasi di un'ipotesi di non soggezione allo stesso, stante la irrilevanza della disciplina sulla concorrenza in una situazione in cui non v'è incontro tra domanda e offerta, ma in cui è l'amministrazione stessa, tramite una sua *longa manus*, a svolgere il servizio e non un terzo.

⁶⁵ La norma prescrive, infatti, che: «ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche»

⁶⁶ Cfr. «Linee guida» redatte da Invitalia, disponibili su spl.invitalia.it.

⁶⁷ B. SPADONI, *Assetto gestionale e regolazione dei servizi pubblici locali in una prospettiva di responsabilità sociale dell'impresa*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 2003, disponibile su www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶⁸ Cfr. R. GUARINO *La causa pubblica alla luce del Testo unico 175 del 2016*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, I, 2016, p. 305.

⁶⁹ Il riferimento alle società cd. legali varrebbe financo a distinguere formalmente dalle altre società in mano pubblica, che sarebbero comunque società di diritto comune: cfr. F. FIMMANÒ, *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in AA.VV., cit., p. 49.

⁷⁰ Cfr. Cass., n.15594 del 9/7/2014.

⁷¹ Con riferimento alla disciplina della previgente Irpeg, si richiamano, tra gli altri, N. d'AMATI (a cura di), *Imposta sul reddito delle persone giuridiche e imposta locale sui redditi*, Torino, 1994; F. GALLO, *La soggettività ai fini Irpeg*, in A.A.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo T.U.*, Padova, 1988, p. 659; Id., *I soggetti del libro primo del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni* in *Riv.dir.trib.*, 1993, I, p. 346; G.C. CROXATTO, voce *Redditi delle persone giuridiche (imposta sui)* in *Noviss.dig.it., App.*, p. 3; C.MAGNANI, *I soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche* in *Dir. prat. trib.*, 1973, I, p. 1147; M. TABELLINI, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, Milano, 1977, Id., voce *Persone giuridiche (imposta sulle)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983, vol. XXXIII, p. 479, ss.; C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche* in *Trattato di diritto tributario* (a cura di AMATUCCI A.), Padova, 1994, vol. IV, p. 75; G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, 1994, I, p. 619; G. FRANSONI, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche* in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2001, p. 129 e ss.

svolta e dalla qualità del soggetto che possiede azioni o quote di partecipazione, oltre che enti pubblici o privati, con o senza personalità giuridica che abbiamo come oggetto principale, ancorché non esclusivo, l'esercizio di attività commerciali (enti commerciali) ovvero l'esercizio di attività non commerciali (enti non commerciali).

La soggettività tributaria di società ed enti complessi discende quindi da una pluralità di criteri formali e sostanziali, assumendo rilevanza, oltre che il dato normativo (criterio positivo), la circostanza che il presupposto d'imposta si verifichi in modo unitario e autonomo⁷². Tradendo la propria denominazione (prima IRPEG ora IRES) e superando, per certi aspetti, il dogma della personalità giuridica, l'imposta trova applicazione anche a formazioni sociali sfornite di personalità giuridica e comunque diverse dalle società di capitali⁷³, quali le associazioni non riconosciute, i consorzi, le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi nei confronti delle quali «il presupposto dell'imposta si verifichi in modo unitario ed autonomo»⁷⁴.

Delicata appare la questione del riconoscimento della soggettività tributaria ai fini IRES di Stato e enti pubblici. Ampiamente dibattuta nel passato in dottri-

na, ha trovato soluzioni differenziate; superata l'idea, pure autorevolmente sostenuta⁷⁵ secondo cui lo Stato non possa tassare le proprie articolazioni sebbene entificate (società o enti pubblici), il legislatore ha limitato l'esclusione della soggettività allo Stato inteso come organi e amministrazioni, indipendentemente dall'attribuzione ad essi di autonomia ordinamentale o di personalità giuridica. Il Testo unico delle imposte sui redditi stabilisce, inoltre, la decommercializzazione di funzioni proprie dello Stato ovvero di quelle che, in considerazione della loro natura, possono essere ritenute espressione di fini meritevoli, sebbene esercitate da enti pubblici. Stabilisce, infatti, l'art. 74 T.u.i.r che gli organi e le amministrazioni dello Stato, compresi quelli ad ordinamento autonomo, anche se dotati di personalità giuridica, i comuni, i consorzi tra enti locali, le associazioni e gli enti gestori di demani collettivi, le comunità montane, le province e le regioni non sono soggetti all'imposta⁷⁶. Non costituiscono esercizio di attività commerciali: a) l'esercizio di funzioni statali da parte di enti pubblici; b) l'esercizio di attività previdenziali, assistenziali e sanitarie da parte di enti pubblici istituiti esclusivamente a tal fine, comprese le aziende sanitarie locali, nonché, come disposto dall'art. 38, co. 11, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, l'esercizio di attività previdenziali e assistenziali da parte di enti privati di previdenza obbligatoria.

Alla luce di quanto osservato, non sembra possa dubitarsi della soggettività tributaria ai fini IRES delle società pubbliche, comprese quelle in house, ricorrendo in capo ad esse un presupposto d'imposta (fattispecie) unitario ed autonomo. Anche in presenza di controllo analogo, la produzione del reddito da parte della società (fattispecie) e l'atteggiarsi di quest'ultima come centro di imputazione di interessi e rapporti giuridici in grado di esprimere una "situazione giuridica" apprezzabile sotto il profilo della capacità contributiva, acquista rilevanza anche dal punto di vista tributario. Depurato dai caratteri naturalistici della persona fisica e dai requisiti antropomorfici attribuiti alle organizzazioni

⁷² Sulla soggettività tributaria delle società e degli enti collettivi, cfr. N. d'AMATI, *La progettazione giuridica del reddito*, vol. I, p. 166; M. PUGLIESE, *I soggetti passivi dell'obbligazione tributaria nel diritto italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1935, p. 337; E. VANONI, *Note introduttive allo studio della capacità degli enti morali in diritto tributario* in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1941, II, p. 1; E. GIARDINA, *La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati* in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1962, I, p. 289; C. LAVAGNA, *Teoria dei soggetti e diritto tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1963, I, p. 88; E. ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965; ID., *Personalità giuridica e imposta sulle persone giuridiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1978, I, p. 381; A. AMATUCCI, *Teoria dell'oggetto e del soggetto nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, I, p. 1897, ss.; E. POTITO, voce *Soggetto passivo d'imposta* in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 1226; A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, p. 4 ss.; P. BORRIA, *Il principio di trasparenza delle società di persone*, Milano, 1996. Nella teoria generale del diritto, è nota la contrapposizione tra le teorie normativistiche, quelle realiste e quelle funzioniste; si vedano, per tutti, H. KELSEN, *Teoria generale della legge dello Stato*, Milano, 1954; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei rapporti giuridici*, Milano, 1939; T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica* in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 233.

⁷³ Con riguardo alla tassazione degli enti non commerciali, anche di tipo associativo, cfr. FEDELE A., *Il regime fiscale delle associazioni* in *Riv. dir. trib.*, 1995, I, p. 336. A. FEDELE, L. CASTALDI, V. FICARI, P. PURI, P. ROSSI, *Il regime fiscale delle associazioni*, Padova, 1998; L. CASTALDI, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999; A.M. PROTO, *Enti non profit ed enti non commerciali* in A.A.V.V., *Gli enti non profit. Aspetti tributari* (a cura di ARTONI), Padova, 1996.

⁷⁴ Cfr. art. 87, co. 2, T.U.i.r. 917 del 1986 (nella formulazione antecedente alle modificazioni apportate dal d.lg. 344 del 2003). Si veda al riguardo, N. d'AMATI, *Diritto tributario*, vol. I, Bari, 2002, p. 101, secondo cui il disposto richiamato «appare risolutivo in quanto consente di identificare la soggettività, invece, che con la persona fisica oppure con enti antropomorfici, con la situazione giuridica».

⁷⁵ Cfr. L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1921.

⁷⁶ A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1998, p. 337: «A prescindere ... da considerazioni di opportunità concernenti le relazioni finanziarie tra lo Stato e le anzidette amministrazioni, par certo che queste siano annoverabili tra i soggetti passivi se dotate di personalità giuridica. A questa conclusione si deve giungere anche per le amministrazioni autonome prive di personalità... Il discorso può proseguire in termini sostanzialmente simili avuto riguardo agli enti pubblici, diversi dallo Stato, dal cui sostrato regolamentare sia possibile dedurre un'autonoma soggettività quanto all'imputazione delle situazioni giuridiche e alla capacità e responsabilità patrimoniale. ... non sussistono ostacoli di teoria generale tali da impedire il sorgere di vincoli obbligatori, anche se è bene dire che l'individuazione dei tratti distintivi tra enti pubblici in generale e amministrazioni autonome presenta difficoltà che la stessa dottrina amministrativa stenta a superare».

formalmente entificate, il soggetto, pertanto, coincide, pertanto, con la situazione giuridica, assumendo piena autonomia rispetto alle categorie civilistiche della soggettività di diritto comune⁷⁷. Come emerge dalle singole disposizioni (in particolare, ai fini Ires, dall'art. 73 T.u.i.r.), la situazione giuridica in grado di configurarsi come idonea a rivelare capacità contributiva va valutata con riguardo agli assetti normativi dei singoli tributi.

Ciò in quanto l'attività produttiva di ricchezza è comunque imputabile ad un soggetto che dispone di personalità giuridica e che conseguentemente costituisce un centro di imputazione di interessi e di rapporti giuridici rilevante nella prospettiva dell'imposizione⁷⁸.

In questa prospettiva, non sembra condivisibile l'interpretazione dell'Agenzia delle entrate, sostenuta con riguardo alla reti di impresa⁷⁹, secondo cui, riconosciuta la soggettività ai fini delle imposta sul reddito questa opera anche ai fini dell'imposta di valore aggiunto (e viceversa). Deve, invece, ritenersi che la fattispecie⁸⁰, sia nei suoi elementi soggettivi che oggettivi, si colleghi alla disciplina del tributo con la conseguenza che possa essere definita dal legislatore avendo riguardo alle diverse tipologie di tributo.

Per le società partecipate, sebbene il capitale sia posseduto in parte o interamente dall'ente pubblico, nonostante la profondità dei controlli e la circostanza che

⁷⁷ Con riguardo al rapporto tra soggettività tributaria e capacità giuridica di diritto comune, cfr. G.A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, I, p. 419, A. FEDELE, *Diritto tributario e diritto civile nella disciplina dei rapporti interni tra i soggetti passivi del tributo*, Torino, 1969, I, p. 21. A. AMATUCCI, voce *Soggettività tributaria*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993.

⁷⁸ A. GIOVANNINI *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit. p.174: «la soggettività, pur radicandosi su elementi strutturali identici ovunque venga verificata, assume ... intensità difformi in funzione dei presupposti delle situazioni-conseguenze e delle volizioni legislative intese a determinare la legittimazione delle figure suscettibili di divenire centri di aggregazione degli interessi qualificati. Il che comporta l'impossibilità di ricondurre in modelli unitari e predeterminati il legame che può intercedere tra schemi potenzialmente verificabili in chiave soggettiva, legittimazione e situazioni giuridiche».

⁷⁹ Circ. n. 20/E/2013; sul tema, G.MELIS, *Ue e fiscalità per le reti di impresa*, relazione, tenuta il 16 marzo 2011, in occasione della "presentazione delle attività 2011 della Scuola di formazione per i Manager di rete" Luiss Guido Carli, e R. LUPI (in T. TASSANI, A.GIOVANNARDI, R. LUPI, *Agevolazioni ai partecipanti alle reti di imprese e simmetrie del sistema fiscale*, cit., g. 620); C. BUCCICO, *Strumenti per la crescita economica: il contratto di rete e la sua disciplina fiscale*, in *Innovazione e Diritto*, 2-2012.

⁸⁰ Con l'espressione fattispecie impositiva si intende la situazione fattuale (fatto in senso fisico o fatto oggetto di qualificazioni giuridiche) al verificarsi della quale la norma fiscale collega il prelievo. La fattispecie (o, come più comunemente, il "presupposto") è rilevante per il diritto in quanto definita dal legislatore sia nella dimensione oggettiva (fatti materiali, comportamenti, atti giuridici, ecc.), sia in quella soggettiva (nella duplice posizione del soggetto attivo e di quello passivo). La fattispecie pertanto, ai fini del corretto riparto dei carichi pubblici, va necessariamente soggettivata, dovendo riferire ad un soggetto, individuato dal legislatore la situazione fattuale rivelatrice di capacità contributiva.

le attività siano direttamente svolte in favore dell'ente proprietario, non può dubitarsi della piena soggettività tributaria della società in house ai fini dell'IRES. La soggettività giuridica della società in house si atteggia pertanto alla stregua di una qualunque altra società di capitali, verificandosi il presupposto in modo unitario ed autonomo in capo ad esso (art. 73 t.u.i.r.).

Il largo utilizzo delle società pubbliche in genere, e delle in-house, in specie, non ha peraltro indotto il legislatore statale a dedicare significative norme speciali di carattere esentativo, che non possono essere poste nemmeno da leggi regionali, stante la natura di tributo erariale dell'IRES.

La formale alterità giuridica della società in-house rispetto all'ente pubblico proprietario, di immediata percezione, si manifesta anche attraverso la separazione patrimoniale tra ente pubblico partecipante e società in-house partecipata, con la conseguenza di dovere considerare inevitabile la soggettività passiva tributaria di quest'ultima.

4. Determinazione del reddito e vincoli di carattere finanziario; inerenza dei costi sostenuti dalle società partecipate pubbliche e in house

Come è noto, il reddito complessivo di società di capitali e di enti commerciali, da qualsiasi fonte proveniente, è considerato reddito di impresa ed è determinato secondo le disposizioni della Sezione I del Capo II del Titolo II (art. 81 T.U.I.R.). Il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali si determina, infatti, "apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni della presente sezione. In caso di attività che fruiscono di regimi di parziale o totale detassazione del reddito, le relative perdite fiscali assumono rilevanza nella stessa misura in cui assumerebbero rilevanza i risultati positivi" (art. 83 T.U.I.R.).

⁸¹ Il principio di attrazione del reddito all'interno del reddito di impresa rende irrilevante la natura delle at-

⁸¹ Cfr. P. BORJA, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, pp. 301-306; M. BASILAVECCHIA, *Società pubbliche ed imposizione fiscale*, in AA.VV. (a cura di F. CERIONI), *Le società pubbliche nel T.U.*, Milano, 2017, p. 349: «Il problema della identificazione dei tratti minimali necessari alla rilevazione della soggettività passiva di un ente è espressamente circoscritto, dall'art.73 TUIR, agli enti diversi dalle società. E non vi è dubbio che la forma societaria sia necessaria ma anche sufficiente, al di là di ogni peculiarità derivante dalla direzione e dal coordinamento del socio pubblico, per poter classificare anche al società partecipata esclusivamente da enti pubblici come una società di capitali, che si presenta quale soggetto passivo autonomo... «il riferimento all'attività prevalente, che vale a distinguere enti commerciali e non, assume rilievo nella sistematica dell'art. 73 solo per gli enti diversi dalle società, con la conseguenza che una società, ancorché, se si vuole, speciale, è e rimane inevitabilmente un ente commerciale, anche nell'ipotesi in cui la propria sfera di attività dovesse coincidere in parte con quella dell'ente pubblico socio».

tività svolte dalla in-house, fonte della produzione del reddito⁸².

Dubbi sono emersi con riguardo alle conseguenze ai fini della determinazione del reddito della violazione di norme vincolistico-finanziarie, a presidio di canoni di buona e prudente amministrazione da parte delle partecipate e delle società in-house. Occorre, infatti, chiedersi se le condotte che generino responsabilità di carattere gius-contabile, possano essere sanzionate ai fini tributari, sotto il profilo dell'inededucibilità dei costi per difetto di inerenza.

In primo luogo, occorre ricordare la competenza della Guardia di Finanza nella vigilanza sulle pubbliche finanze di cui all'art. 2, d.lgs. 68 del 19 marzo 2001; di tale potere non è, invece, munita l'Agenzia delle entrate che ha competenza solo con riguardo alle entrate di natura tributaria. Della cognizione delle violazioni in materia di finanza pubblica è investito il rito gius-contabile, secondo le norme da ultimo poste dal d.lgs. 174 del 26 agosto 2016. Conseguentemente, l'accertamento della violazione in materia di finanza pubblica può essere svolto dalla GdF anche quale polizia tributaria. Al riguardo, occorre tuttavia avvertire che le eventuali violazioni di norme finanziarie, non sono sufficienti per configurare un illecito tributario e riconoscere una responsabilità a fini sanzionatori tributari.

Eventuali violazioni di norme relative al reclutamento del personale, ovvero al costo complessivo del personale delle in-house, o altre ancora⁸³ vanno apprez-

zate autonomamente, considerando le normative specifiche gius-contabili, senza far discendere l'automatica conseguenza che l'illecito contabile sia anche e sempre illecito tributario.

In particolare, la deduzione dei costi a fini fiscali resta governata dal principio di inerenza, oltre che dalle disposizioni riguardanti i costi in generale (certa esistenza e obiettiva determinabilità⁸⁴). Sul piano del riparto degli oneri probatori, va richiamato l'orientamento giurisprudenziale, oramai consolidato, secondo cui incombe sul contribuente l'onere "di provare non solo l'ineducibile requisito dell'inerenza dei costi, ma anche la loro effettiva sussistenza ed il loro preciso ammontare" (Cass. n. 6650 del 2006, n. 1709 del 2007, n. 23626 del 2011, nn. 16896 e 23550 del 2014, n. 1011 e 1951 del 2015), anche attraverso una documentazione di supporto dalla quale possa ricavarsi, oltre che l'importo, la ragione della spesa e il suo collegamento con l'attività svolta nel suo ordinario esercizio (Cass. n. 4570 del 2001)⁸⁵. I costi, pertanto «devono, in altri termini, necessariamente tradursi [...] in costi

⁸² Per i problemi tributari scaturenti dal rapporto socio pubblico-partecipata in-house, si rinvia a M. BASILAVECCHIA, *Società pubbliche ed imposizione fiscale*, cit., pp. 353-356.

⁸³ «I casi possono essere molti, e se ne enumera qualcuno: (1) quando il committente di taluni servizi non sia costituito dalla in-house, bensì dall'ente pubblico-socio unico ed il contegno scrutinato in capo alla in-house nella qualità di soggetto passivo, si situi in realtà nel disimpegno di servizi pubblici nella diversa qualità di soggetto attuatore di politiche pubbliche: ad esempio, nell'art.113-bis TUEL, comma 3, ove fosse ritenuto di contestare la decisione assunta dall'ente locale di affidare alla propria società commerciale di capitali detti servizi, ben si dovrebbe seguire una presunta violazione della testé citata norma, ed in capo all'ente locale (che "rimane l'unica titolare del servizio e del potere di organizzarlo..."), così F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche*, Milano 2011, p. 29), non certo in capo alla società in-house, quale ineducibilità tributaria del relativo costo; (2) ovvero, una volta assodato che la in-house possa prestare servizi strumentali per la P.A. proprietaria, è scontato che a tal fine essa debba approvvigionarsi di collaboratori in grado di svolgere le attività di volta in volta commissionate, sostenendone i relativi costi: del resto, le 5.146 società partecipate dai soli enti locali italiani, hanno costi di esercizio pari al 66% del complesso delle spese correnti degli 8.047 Comuni italiani, come evidenziato da C. BONACCORSO e F. CORRADINI, *La finanza pubblica locale e i risultati economico-finanziari delle società partecipate*, in *AziendItalia*, n. 6/2015, p. 503; dal che, le limitazioni assunzionali di personale, poste fin dalla promulgazione dell'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in Legge 6 agosto 2008, n. 133, suffragate da interventi giurisdizionali insigni, quali le sentenze di Corte Cost. n.68/2011, n.167/2013, n.227/2013 e n.7/2015, n. 7, ovvero da Corte conti, Sez. reg. di controllo per la Liguria, deliberazione

n. 55/PAR/2014 del 9 ottobre 2014 non possono assurgere, di per sé, a presupposto della ineducibilità tributaria del costo sostenuto; (3) inoltre, quanto alle limitazioni al complessivo costo del personale, fin dalla promulgazione dell'art.18, co. 2-bis, d.l.112/2008 conv. in L.133/2008, come introdotto il primo luglio 2009 e ripetutamente modificato, sussisteva in capo all'ente controllante l'obbligo di presidiarne e verificarne gli andamenti in capo alle partecipate, rammentandosi sempre che «l'utilizzo di risorse pubbliche, anche se adottato attraverso moduli privatistici, impone particolari cautele e obblighi in capo a tutti coloro che – direttamente o indirettamente – concorrono alla gestione di tali risorse, radicandone la giurisdizione e il controllo della Corte dei conti» (così, Corte Conti, sez. Veneto, n. 903/2012, come riportata da F. MORETTI, *Regime assunzionale, applicazione del principio di riduzione dei costi e disposizioni in tema di razionalizzazione*, in *AziendItalia – il personale*, n. 5/2015, pag. 251): da tanto, le limitazioni al costo del personale sussistenti in capo agli enti locali, di cui all'art. 76, c. 7, d.l. 112/2008 conv. in L.133/2008, poi mitigato e infine abrogato nel 2014, allargate alle società strumentali, secondo una ragionevole formula contenuta nella deliberazione n. 14/2011 della Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, non possono assurgere, di per sé, ad autonoma considerazione quali costi ineducibili, per il sol fatto di essere ultronei rispetto alle norme vincolistiche, nel diverso ambito del reddito di impresa; (4) infine, sulla scia di precedenti di Corte Costituzionale nn. 182/2011 e 139/2012, che consentivano la rimodulabilità dei risparmi a valere sulle singole tipologie di spesa, nell'ambito del totale risparmio da realizzarsi, le norme vincolistiche già sussistenti in capo anche alle in-house in ordine al costo delle collaborazioni coordinate e continuative, di cui al co. 2, art. 14, d.l. 66/2014 conv. in L. 89/2014 sono state rimodulate con riguardo percentuale rispetto alla spesa per il personale sostenuta dall'ente proprietario, in quanto P.A. di cui all'art. 1, co. 2, L.196/2009; ma da tanto l'obbligo spettante in capo al soggetto in-house, mediato perché rientrante nel complesso di tali costi nell'ambito del consolidato dell'ente proprietario, non può assurgere di per sé, nella qualità di soggetto passivo della in-house, quale autonoma considerazione di costo ineducibile.

⁸⁴ Cfr. G. ZIZZO, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, parte speciale, Padova, 2013, pp. 355-360.

⁸⁵ Così, Cass. n. 7214 del 10/4/2015, in *Il Fisco*, n. 19/2015, p. 1878.

funzionali alla produzione del reddito di impresa» e non sono, quindi, deducibili solo qualora «non scaturiscano da un'operazione potenzialmente idonea a produrre utili»⁸⁶.

Con riguardo alle società in house, il dimensionamento dei costi, in relazione alla produzione dei ricavi, si collega all'equilibrio economico della stessa in house coincidendo la tutela della finanza pubblica nel suo complesso con l'interesse fiscale. Se la società pubblica ha un interesse economico a limitare i costi, affinché non vengano superati i ricavi previsti e conseguibili (perché presenti quali spese stanziate, nel bilancio preventivo pubblico dell'ente partecipante), perché, come visto al §1, non può produrre perdite, pena la propria sopravvivenza soggettiva, non sembra ragionevole che esponga costi fittizi o sproporzionati (indeducibili per violazione del principio di inerenza quali-quantitativa).

Le possibili violazioni dei vincoli finanziari e contabili, se non assumono rilevanza dal punto di vista penale (reati in materia di pubblica amministrazione, falso, ecc.) nel qual caso i costi restano in deducibili, non sembrano dare luogo, di per sé, a illecito tributario. Fermi restando i profili di responsabilità gius-contabile, il costo, se effettivo, certo e inerente, resta deducibile anche in considerazione del principio di auto-organizzazione e di autonomia nella definizione del programma imprenditoriale⁸⁷ della società in-house. Ne discende che l'accertamento di violazioni finanziarie e contabili può solo costituire fonte di innesco per l'accertamento tributario o per l'accertamento di condotte penalmente rilevanti, ma non può costituire, di per sé, autonomo elemento di violazione tributaria alcuna.

5. La soggettività ai fini IVA tra diritto dell'unione e diritto interno

A differenza delle imposte sul reddito, la questione della soggettività ai fini Iva delle società pubbliche va affrontata richiamando la natura comunitaria del tributo e la disciplina del diritto dell'unione europea⁸⁸, oltre che ovviamente quella interna di cui al d.p.r. 633

del 1972⁸⁹.

Al riguardo, occorre in primo luogo considerare l'art. 9, c.1 della Direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28/11/2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, secondo cui è considerato soggetto passivo «chiunque esercita in modo indipendente e in qualsiasi luogo, un'attività economica, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività», specificando che per attività economica deve intendersi qualsiasi attività di produzione, di commercializzazione di beni o prestazione di servizi, ovvero ogni forma di sfruttamento di un bene materiale o immateriale da cui consegua un guadagno stabile: l'attività economica consiste in «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»⁹⁰.

Ai fini dell'assoggettamento al tributo sul valore aggiunto, occorre, quindi, verificare l'indipendenza del soggetto e la natura economica dell'attività svolta. Minore rilevanza assume il dato formale dell'eventuale soggettività giuridica nel diritto interno, stante il doveroso apprezzamento dell'elemento dell'indipendenza che va verificato secondo gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria.

Circa tale requisito, è utile, infatti, richiamare la sentenza della Corte di Giustizia riguardante un comune polacco nella controversia avverso il proprio Ministero delle finanze⁹¹; la pronuncia citata, nell'escludere la soggettività delle unità iscritte al bilancio comunale (in qualche modo omologhe delle nostre «istituzioni» o «aziende speciali» comunali), ritiene che esse non possono essere qualificate come soggetti passivi ai fini dell'Iva in quanto non soddisfano il criterio di indipendenza previsto da tale disposizione.

Detta sentenza è utile per verificare se vi sia indipendenza in capo alle società pubbliche e in house ai sensi dell'art. 9, Dir. Come ritenuto dalla Corte di Giustizia, «si deve verificare se la persona interessata svolga le sue attività in nome proprio, per proprio conto e sotto la propria responsabilità, nonché se essa si assuma il rischio economico legato all'esercizio di dette attività»

⁸⁶ Così, Cass. 20 febbraio 2014, n. 4115, in *Il Fisco*, n. 15/2015, p. 1420. Cfr., altresì, M. BEGHIN, *Reddito di impresa ed economicità delle operazioni*, in *Corr. Trib.* n°44/2009, p. 3626; Id., *Note critiche a proposito dell'asserita doppia declinazione della regola dell'inerenza*, in *Riv. dir. trib.*, n. 6/2012, II, p. 405; R. LUPI, *L'oggetto economico delle imposte nella giurisprudenza sull'antieconomicità*, in *Corr. Trib.*, n. 4/2009, p. 258; A. BALLANCIN, *Inerenza, congruità dei costi e onere della prova*, in *Rass. Trib.*, n. 3/2013, p. 590.

⁸⁷ Cfr. V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, pp. 9-21.

⁸⁸ Cfr. G. A. MICHELI, *L'iva dalle direttive comunitarie al decreto delegato* in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1973, p. 436; F. GALLO, *Profili di una teoria dell'imposta sul valore aggiunto*, Roma, 1974; R. PERONE CAPANO, *L'imposta sul valore aggiunto*, Napoli, 1977; F. BOSELLO, *Appunti sulla struttura giuridica dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.* 1978, I, p. 427; P. FILIPPI, *Imposta sul valore aggiunto*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993. A. COMELLI, *Iva comunitaria e Iva nazionale*, Padova, 2000.

⁸⁹ A. FANTOZZI, *Presupposto e soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, I, p. 727; S. SAMMARTINO, *Il profilo soggettivo del presupposto dell'IVA*, Milano 1975, A. AMATUCCI, *Struttura ed effetti della fattispecie contenuta nelle enormi istitutive dell'IVA* in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1976 I, p. 579.

Cfr. M. INGROSSO, *Le operazioni imponibili ai fini dell'Iva*, in *Dir. prat. trib.*, 1973, I, p. 448; N. d'AMATI, *Le fattispecie soggettive dell'imposta sul valore aggiunto* in *Boll. trib.*, 1982, p. 261, secondo cui «a differenza della disciplina dell'imposizione diretta, che ha funzione essenzialmente di qualificazione rispetto a fattispecie la cui imponibilità è comunque riconosciuta, la normativa dell'imposta sul valore aggiunto comportando l'attribuzione della soggettività tributaria deve necessariamente stabilire dei chiari punti di riferimento per dare certezza all'applicazione del diritto».

⁹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 12/09/2000, cause riunite da C-180/98 a 187/98, cd. Pavlov.

⁹¹ Cfr. Corte di giustizia, sent. 29/09/2015, causa C-276/14, Gmina Wrocław vs/Minister Finansów.

(punto 34, Wroclaw).

Occorre riferire che l'imponibilità ai fini Iva va valutata anche alla luce dell'art.13, § 1, co.1, Dir., che la esclude per i pubblici poteri nel caso di esercizio di attività in veste di pubblica autorità⁹². Ciascuno Stato sceglie la tecnica normativa appropriata per trasporre in ambito domestico il principio del non assoggettamento⁹³, sebbene, le nozioni di soggettività passiva e di attività economiche, necessitano di interpretazione uniforme⁹⁴.

Non per il solo fatto che le attività di pubblica autorità siano svolte, può invocarsi la deroga dell'art.13, Dir.; infatti, la mancata applicazione dell'IVA alle attività esercitate dagli enti di diritto pubblico in quanto autorità pubbliche non comprende le attività svolte da un privato per il solo fatto che consistono nel compimento di atti che rientrano nelle prerogative della pubblica autorità: sono infatti escluse dalla deroga le attività che non siano esercitate direttamente dall'ente di diritto pubblico, ma siano affidate ad un terzo che esercita in posizione di autonomia⁹⁵.

Ai fini dell'apprezzamento della natura dell'attività, particolare rilevanza viene attribuita ai criteri di gestione in forza dei quali può essere riconosciuta un'attività come pubblica autorità o come meramente gestoria.

In proposito, merita di essere segnalata la sentenza della Corte di Giustizia della Corte di giustizia n. 25/7/1991, C-202/90 cd. Ayuntamiento de Sevilla (punto 13) secondo cui "un vincolo di subordinazione non sussiste in quanto sugli stessi esattori grava il rischio economico della loro attività, posto che l'utile che essi ne ritraggono dipende, oltre che dall'ammontare dei tributi riscossi, anche dai costi connessi all'organizzazione del personale e dei beni strumentali, necessaria per la loro attività"; punto 15: «criterio decisivo, a tal fine, è quello della responsabilità "ex contractu" degli esattori nell'esercizio delle loro attività nonché la loro responsabilità per i danni prodotti a terzi quando non

agiscono in veste di delegati della pubblica autorità»; punto 20: «allorché un ente locale delega ad un terzo, in posizione di autonomia, le funzioni connesse all'esazione tributaria, l'esenzione indicata nella predetta norma non trova applicazione».

I passi richiamati evidenziano la presenza dell'indipendenza rispetto al rischio economico, in capo all'esattore, facendone conseguire la connessa soggettività IVA; ma è noto che la conservazione e la sostenibilità dell'equilibrio economico è carattere fondamentale per l'esistenza soggettiva di una in-house, ove i ricavi (compresa IVA, se dovuta) sono riportati nell'ambito dell'apposito capitolo di spesa dell'ente pubblico sovraordinato; ove le recenti disposizioni in tema di consolidato economico da cd. armonizzazione contabile (d.lgs. 118/2011 e d.lgs. 126/2014) impongono altresì la riconciliazione dei reciproci saldi di credito/debito (art. 11, co. 6, lett. j), d.lgs. n. 118/2011) tra ente sovraordinato e società partecipata, con la conseguenza che non sia possibile che le due dimensioni su specificate (ricavi della in-house e capitolo di spesa dell'ente pubblico) possano essere disallineate tra loro; ove la composizione e struttura dei costi della in-house sono sempre più penetrantemente disciplinate da norme vincolistiche pubblicistiche.

Le considerazioni qui riportate evidenziano altresì la mancanza di nesso diretto: la rilevanza ai fini iva di un'operazione presuppone che esista un nesso diretto fra la cessione di beni o la prestazione di servizi effettuate e il controvalore ricevuto⁹⁶.

Le attività, per essere definite economiche o di impresa, devono essere rivolte al mercato. L'autoproduzione, ovvero la produzione per sé stessi, ossia il processo che caratterizza la produzione di servizi effettuata dalle PA per il tramite delle proprie società in house, non integra una attività economica o d'impresa, bensì una attività amministrativa strumentale svolta in forma privatistica (cfr. Corte Cost., sent. n. 326/2008⁹⁷ e n. 148/2009). È connessa a tale situazione l'inquadramento che l'UE ne fa relativamente ai SIG, ovvero quando l'operatività della società si svolga in un ambito estraneo al regime di concorrenza⁹⁸.

⁹² Corte di giustizia 12/9/2000, C-260/98; Id. 12/9/2000, C-276/97; Id. 12/9/2000, C-408/97; 12/9/2000, C-359/97.

⁹³ Corte di giustizia, 15/5/1990, C-4/89, cd. Comune di Carpineto: «l'art. 4, n. 5, 2 comma, della sesta direttiva va interpretato nel senso che gli Stati membri sono tenuti a garantire l'assoggettamento degli enti pubblici per le attività che questi esercitano in quanto pubbliche autorità allorché tali attività possono essere del pari esercitate, in concorrenza con i primi, da privati e qualora il loro non assoggettamento sia atto a provocare distorsioni di concorrenza di una certa entità».

⁹⁴ Punto 26, sent. cd. Wroclaw, cit.: «la direttiva IVA, che mira a stabilire un sistema comune dell'IVA, attribuisce all'IVA una sfera di applicazione molto ampia. Ai fini di un'applicazione uniforme di tale direttiva, è necessario che le nozioni che definiscono tale sfera di applicazione, quali quelle di operazioni imponibili, di soggetti passivi e di attività economiche, siano interpretate in modo autonomo e uniforme, indipendentemente dagli scopi e dai risultati delle operazioni di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza Halifax e a., C-255/02, EU.C.2006.121, punti da 48 a 56)».

⁹⁵ Cfr. A. SALVATI, *Riflessioni in tema di soggettività passiva IVA delle società in-house*, in *Rass. Trib.*, n. 1/2017, p. 32, nota 11.

⁹⁶ Corte giust., 5 febbraio 1981, C-154/80, Staatssecretaris van Financiën contro Società cooperativa "Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats".

⁹⁷ Punto 8.3: «le disposizioni impugnate definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime. Tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza», in merito al d.l. 223/2006, art.13, comma 1.

⁹⁸ Cfr. Corte di giustizia, 22/5/2003, C-18/2001 cd. Kilpailuneu-

Ben diverso il caso della società in-house (e, a maggior ragione, delle società pubbliche in genere) che provveda a prestare servizi direttamente all'utenza o comunque a terzi: la presenza del carattere dell'attività economica, necessaria a concretare la soggettività IVA, trova riparo proprio nella prestazione a terzi del servizio e nel compendio, da parte dei terzi, del servizio ottenuto; e la soggettività IVA è altresì presente pur quando vi sia intervento pubblico nella calmierazione dei prezzi dei servizi pubblici praticati all'utenza, essendo tale intervento connotato alla imputazione dell'attività economica in capo al soggetto in-house, sicché vigono le sottoposizioni ad IVA delle eventuali integrazioni in conto prezzo che l'ente pubblico, quand'anche proprietario della in-house, conceda all'utenza in relazione diretta e temporale al prezzo dei servizi prestati, soprattutto ove calmierati all'utenza⁹⁹ (così relativamente ai SIEG).

Come è noto, le operazioni sono soggette ad IVA se effettuate a titolo oneroso da un soggetto passivo che agisca in quanto tale¹⁰⁰. A tal fine, occorre rammentare talune affinità con la soggettività IVA delle operazioni poste in essere dai Comuni, nell'ambito delle quali la Cass. n.11946/2012 ha arguito per la mancanza di attività economica condotta dall'ente nel "mancato fine commerciale le attività di trasporto degli alunni e di servizio mensa scolastica, che venivano svolte al fine di soddisfare un'esigenza di pubblica utilità di diretto interesse dell'ente erogante", derivandone «l'assenza, quindi, del caratteristico, precipuo scopo di ogni attività mercantile di conseguire un reddito o, almeno, la integrale copertura dei costi sopportati».

L'art. 13, par. 1, co. 3, della Direttiva IVA (già art. 4, par. 5, 3° comma della VI Direttiva) considera, in ogni

vosto, a mente della quale l'operatività della società in un ambito estraneo al regime di concorrenza vale ad escluderne il carattere industriale o commerciale. Cfr. altresì G. PORCARO, *Attività dell'ente locale e consensualità: riflessi in tema di soggettività passiva Iva*, in *Rass. Trib.*, n.3/2006, p. 792: la normativa interna individua esattamente il novero di attività il cui esercizio conferisce soggettività passiva: sono quelle di cui all'art. 2195 del codice civile, alle quali non vengono fatte seguire né eccezioni, né qualificazioni ulteriori sotto il profilo del soggetto che le pone in essere o delle modalità giuridiche del loro svolgimento; la normativa comunitaria, invece, stabilisce un principio molto ampio, per cui l'esercizio di ogni non ben definita, almeno rispetto agli istituti conosciuti nel nostro ordinamento, attività economica conferisce soggettività passiva, al quale segue una deroga, giustificata proprio dalla qualità del soggetto cui è riferibile l'attività e dalle modalità giuridiche del suo esercizio; tutte le attività economiche rivolte al mercato, cioè, devono essere assoggettate ad Iva; è pertanto il fatto di condividere la presenza nel mercato in posizione di teorica parità che conduce alla imponibilità della attività esercitata.

⁹⁹ Cfr. M. AULENTA, *L'applicabilità dell'IVA ai contributi pubblici*, in *Riv. dir. trib.*, n. 12/2014, p. 1246.

¹⁰⁰ Cfr. F. CAPELLO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di IVA*, in *Dir. prat. trib.*, n. 1/2014, p.189: «Un soggetto passivo agisce in questa qualità quando effettua operazioni nell'ambito della sua attività economica».

caso, soggetti passivi gli enti pubblici che esercitano le attività elencate nell'allegato I della Direttiva IVA (già allegato D della VI Direttiva) quando non sono trascurabili; mentre, l'art. 13, par. 2 della Direttiva IVA (già art. 4, par. 5, co. 2 della VI Direttiva) considera soggetti passivi gli enti pubblici quando svolgono attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità quando il loro non assoggettamento provocherebbe distorsioni di concorrenza di una certa importanza.

Un ente di diritto pubblico può, infatti, essere incaricato, a norma del diritto nazionale, dell'esercizio di attività di natura essenzialmente economica nell'ambito di una disciplina giuridica che gli è propria e queste stesse attività possono essere parallelamente esercitate da operatori privati, sicché il non assoggettamento all'IVA dell'ente di diritto pubblico potrebbe determinare distorsioni di concorrenza. Il legislatore comunitario ha cercato di evitare tale indesiderabile risultato prevedendo che le attività elencate nell'allegato I (come le telecomunicazioni, l'erogazione di acqua, gas, energia elettrica e vapore, il trasporto di merci, le prestazioni di servizi portuali ed aeroportuali, il trasporto di persone) sono, «in ogni caso», a meno che non siano trascurabili, assoggettate all'IVA¹⁰¹.

Analizzando il requisito soggettivo nella legislazione interna, va ricordato che l'art. 4, d.p.r. n. 633, stabilisce, che, per esercizio di imprese, si intende l'esercizio, per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività commerciali o agricole, di cui agli artt. 2135 e 2195 c.c., anche se non organizzate in forma di impresa, nonché l'esercizio di attività, organizzate in forma di impresa, dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'art. 2195 c.c. Si considerano effettuate nell'esercizio di imprese le cessioni di beni e le prestazioni di servizi elencate nella stessa norma; vale a dire:

- 1) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi fatte da società commerciali oppure estere (art. 2507 c.c.) e dalle società di fatto;
- 2) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi fatte da altri enti pubblici e privati, compresi i consorzi, le associazioni o altre organizzazioni senza personalità giuridica e dalle società semplici, che abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole

Secondo l'amministrazione finanziaria¹⁰², ai fini del

¹⁰¹ Tuttavia, spetta al giudice nazionale valutare l'esistenza di circostanze economiche che possano giustificare, eventualmente, un'eccezione alla regola del non assoggettamento all'iva degli organismi di diritto pubblico (Corte di giustizia, 8 giugno 2006, C-430/04, *Finanzamt Eisleben e Feuerbestattungsverein Halle e.V.*).

¹⁰² Cfr. Agenzia entrate Risoluzione n. 129 del Novembre 2006 secondo cui «la nozione di organismo di diritto pubblico, mutuata dalla giurisprudenza e dalla normativa in materia di appalti pubblici in base alla quale le società "in-house" potrebbero essere assimilate ad enti pubblici, non può ritenersi applicabile in materia tributaria»; non va dimenticato che il citato documento di prassi riguarda le esenzioni spettanti ex art.10, n.27-ter, DPR

riconoscimento della soggettività tributaria, assume rilevanza il dato formale, rientrando tutte le società pubbliche, comprese quelle in house, nella categoria delle imprese commerciali, senza che assuma alcuna rilevanza la natura dell'attività svolta e l'eventuale rapporto di controllo analogo dell'ente pubblico. Si veda al riguardo la Risoluzione n. 37/E del 2007, che ha ritenuto che «la qualifica di società in-house non assume rilevanza in ordine all'individuazione dei presupposti impositivi IVA nell'ambito dei rapporti giuridici che s'instaurano tra la società e l'ente locale». L'Agenzia¹⁰³ ha fatto rilevare che: la società è comunque un soggetto giuridicamente distinto dall'ente controllante; – essa è costituita in forma di società di capitali e quindi, è elettivamente un soggetto passivo ai fini IVA, ai sensi dell'art. 4, secondo comma, n. 1 del DPR 26 ottobre 1972, n. 633; – non può estendersi all'istante la disposizione di cui al successivo quarto comma del medesimo art. 4, in quanto la società non può essere in alcun modo qualificata come “ente non commerciale”, essendo società commerciale con personalità giuridica distinta dall'ente dal quale promana; da tanto concludendo nel senso che il requisito soggettivo per l'applicazione dell'IVA fosse ravvisabile nell'ipotesi in esame.

Per l'Agenzia, «ricorrendo nella fattispecie in esame sia il presupposto soggettivo sia quello oggettivo per l'applicazione del tributo, la società, anche se opera nella veste di società in-house, deve assoggettare ad IVA i proventi ad essa corrisposti dall'Ente quale corrispettivo per l'attività di servizio svolta.»¹⁰⁴

Invero, combinando normativa domestica e unionale, deve ritenersi che la ricorrenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi, ai fini IVA, ha nelle modalità di esercizio dell'attività (e *in primis* nel requisito dell'indipendenza) i caratteri rilevanti. Il polimorfismo delle società pubbliche in genere, soprattutto quando partecipate da unico socio, mal si presta a tale esclusività discriminante.

633/19721, e non già l'art. 4. Cfr. F. PEPE, *La presunzione di commercialità ex art. 4, comma 2, n. 1) DPR n. 633/1972 quale causa di incoerenza del sistema IVA ed i suoi riflessi sull'evoluzione della normativa interna*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, I, p. 1267. Della potenziale divergenza tra nozione europea ed interna F. TESAURO, *Il regime Iva delle attività degli enti pubblici*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1992, I, p. 103 ss.

¹⁰³ Ivi, si «premette preliminarmente che la questione legata alla qualificazione giuridica di società in house providing dell'interpellante sollecita un'indagine di natura extratributaria e, come tale, non ascrivibile alle prerogative esercitabili dall'Agenzia delle Entrate in sede di trattazione dell'interpello».

¹⁰⁴ Tale conclusione fu messa in discussione da interrogazioni parlamentari degli Onorevoli Fluvi e Sanga (interrogazione 5-03815 del 16 novembre 2010) i quali hanno chiesto al Governo se non sia opportuno proporre un intervento normativo volto a stabilire l'esenzione dall'IVA dei corrispettivi delle società *in house*, anche al fine di prevenire l'ampio contenzioso che potrebbe derivare dall'orientamento manifestato dall'Agenzia delle Entrate, orientamento che gli interroganti non esitano a definire “fondato, peraltro, su presupposti non chiari”.

Il polimorfismo si manifesta nella scelta in ordine alle modalità organizzative: organizzazione funzionale della PA, o imprenditore autonomo. Nel primo caso non sembra che la società assuma la veste di un soggetto passivo di imposta¹⁰⁵, perché non riconoscibile la qualità di operatore economico e l'indipendenza in capo alla società; nel secondo, la società è imprenditore, e dunque è soggetto passivo IVA. Se la società in house è organizzazione funzionale della P.A., non effettua operazioni imponibili con terzi, ma verso il solo ente proprietario, e quindi non si rivolge a mercato alcuno, è ben difficile intravedere una soggettività passiva IVA in capo alla stessa. La mancanza di soggettività IVA, pertanto, non avverrebbe per tutte le società in-house, poiché queste possono manifestare ricavi residuali con terzi, giusta commi 3 e 3-bis, art.16, d.lgs. 175/2016, ma solo per quelle che effettuano operazioni esclusivamente con l'ente proprietario.

In base all'art.13, Dir. 2006/112/CE gli enti pubblici non sono considerati soggetti passivi per le attività e per le operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità e a tali operazioni sono generalmente associati incassi a titolo autoritativo (imposte, tasse, contributi, ecc.); ma quando il mancato assoggettamento IVA dovesse comportare importanti distorsioni alla concorrenza, tali enti dovrebbero essere considerati soggetti passivi IVA; infine, l'allegato 1 alla predetta Direttiva elenca una serie di attività che si presumono assoggettabili ad IVA, quand'anche effettuate da un ente pubblico; l'art. 4, DPR 633/1972 elenca anch'esso un'identica serie di attività, quand'anche effettuate da enti pubblici e considera non commerciali le operazioni effettuate dallo Stato, dagli altri enti territoriali e da altri enti di diritto pubblico nell'ambito di attività di pubblica autorità.

Dunque, non perché sia formalmente società di capitali, potrebbe inferirsi che la società in-house sia soggetto passivo IVA. Si consideri infine che le risorse degli enti pubblici derivano principalmente dal gettito fiscale e dai trasferimenti statali, e dunque la soggezione passiva ai fini Iva delle proprie in-house può sembrare paradossale: l'imposta viene, di fatto, pagata utilizzando il gettito di altri tributi o comunque, di danaro pubblico.

Ovviamente, da quanto osservato discende una conseguenza non di poco conto: se una società in house non sia soggetto passivo, non può detrarre l'IVA ad essa addebitata in via di rivalsa.

¹⁰⁵ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *Società pubbliche ed imposizione fiscale*, in AA.VV. (a cura di F. CERIONI), *Le società pubbliche nel T.U.*, Milano, 2017, p.356.

Sara Di Donato

Avvocato

Fiscalità internazionale: dalle strategie elusive di *corporate governance* alle manovre di "tassazione sleale" degli Stati membri. L'*action plan* di contrasto dell'UE

abstract

Starting from the Commission Decision on State Aids implemented by Ireland to Apple, it is examined the international tax avoidance of multinational companies. They often abuse the EU market, with the help of Member States that selectively apply favourable fiscal policies. The situation is analyzed from the perspectives of all the subjects involved: Companies, Member States and EU.

keywords

International tax optimization, instrumental use of subsidiaries, transfer pricing abuse, tax ruling, State Aids, tax cooperation, Ccctb (Comon Consolidated Corporate Tax Base).

abstract

Muovendo dalla decisione della Commissione Europea del 30 agosto 2016 sugli aiuti di Stato concessi dall'Irlanda alla società Apple, si esamina la vexata quaestio dell'elusione fiscale internazionale operata dalle imprese multinazionali, le quali utilizzano in maniera strumentale il mercato unico UE, spesso anche con la complicità degli Stati (membri) di stabilimento, che sovente attuano politiche fiscali agevolative in modo selettivo. La problematica viene analizzata dalla prospettiva di tutti i soggetti giuridici coinvolti nella vicenda: imprese, Stati Membri ed UE.

parole chiave

Ottimizzazione fiscale internazionale, subsidiaries strumentali, abuso di transfer pricing, tax ruling, aiuti di Stato, cooperazione fiscale, Ccctb (Common Consolidated Corporate Tax Base).

sommario

1. Il caso: "Commission Decision on State Aid SA.38373 (2014/C) implemented by Ireland to Apple". – **2.** La ricerca dell'*optimum* fiscale quale motore delle scelte di *governance*. – **3.** I *tax ruling*: l'emblema del limite alla sovranità statale in materia fiscale. – **4.** I correttivi fiscali prospettati dalla Commissione europea.

1. Il caso: "Commission Decision on State Aid SA.38373 (2014/C) implemented by Ireland to Apple"

Con decisione resa il 30 agosto 2016, la Commissione europea si è espressa in merito alla illegalità degli aiuti di stato concessi, sotto forma di vantaggi fiscali, alla società Apple dall'Irlanda dall'anno 2003 all'anno 2013, per un totale di 13 miliardi di euro, importo che lo Stato membro interessato dovrà recuperare dall'impresa beneficiaria.

Più precisamente, le misure fiscali adottate dall'Irlanda nel caso in esame sono state ritenute contrarie alla normativa UE in materia di aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE), poiché hanno consentito alla società statunitense di usufruire di un vantaggio considerevole rispetto alle altre imprese soggette alla medesima normativa tributaria nazionale, violando dunque il principio della libera concorrenza. Il trattamento selettivo di cui ha goduto, ha infatti permesso ad Apple di pagare sugli utili europei un'aliquota effettiva dell'imposta sulle società pari all'1% nel 2003, scesa poi fino allo 0,005% nel 2014¹.

Torna pertanto nuovamente al centro del dibattito europeo il tema della cd. 'tassazione sleale alle imprese', ossia quella diffusa pratica attraverso la quale alcuni Paesi europei offrono accordi di tassazione più convenienti per talune imprese multinazionali, allo scopo di attrarre le grandi corporazioni all'interno del proprio mercato, ma creando di fatto distorsioni concorrenziali all'interno del mercato unico.

La decisione rappresenta il naturale epilogo di una approfondita indagine in materia di aiuti di Stato avviata già nel giugno 2014², a seguito della quale la Commissione europea ha concluso che i due *ruling* fi-

¹ Cfr comunicato stampa della Commissione europea del 30 agosto 2016, n. IP/16/2923.

² La Commissione europea, in quella sede, aveva infatti reso pubbliche due decisioni di apertura di istruttoria in materia di fiscalità e aiuti di stato, avviate in relazione ai *tax rulings* assunti dalle autorità fiscali di alcuni Stati membri UE: gli accordi sui *transfer pricing* conclusi tra *Fiat Finance and Trade Ltd.* ("FFT") ed il Lussemburgo (Commissione europea, caso SA.38375 – *Aide presumée en faveur de FFT.*) e gli accordi sui *transfer pricing* conclusi proprio tra Apple e l'Irlanda (Commissione europea, caso SA.38373 – *Alleged aid to Apple.*)

scali emanati dall'Irlanda nei confronti di Apple abbiano considerevolmente ed artificiosamente abbassato le imposte che la società ha versato in tale Stato membro, a partire dal 1991.

I *ruling*, *invero*, approvavano modalità di determinazione degli utili imponibili di due società di diritto irlandese, *Apple Sales International* ed *Apple Operations Europe* (detenute al 100% dal gruppo Apple, sotto il controllo della società madre statunitense, la *Apple Inc.*), non corrispondenti alla realtà economica; in particolare, le vendite di Apple erano organizzate in Europa in modo che contrattualmente i clienti acquistassero i prodotti da *Apple Sales International* in Irlanda piuttosto che dai Paesi nei quali veniva materialmente effettuata la vendita, affinché tutti gli utili derivanti da tali operazioni venissero registrati automaticamente in Irlanda.

Questo trattamento fiscale ha, di fatto, consentito ad Apple di eludere le imposte sulla quasi totalità degli utili generati dalle vendite dei propri prodotti in tutto il mercato UE.

Inoltre, sempre sulla base dei *ruling* fiscali sopra citati, la parte più consistente degli utili non veniva financo registrata in Irlanda, ma presso una "sede centrale" di *Apple Sales International* che, in realtà, non era ubicata in alcun Paese, né aveva dipendenti o uffici propri, con il risultato ultimo che detti utili non erano in questo modo tassati in alcuno Stato (!)³.

Avverso la decisione in commento, il governo irlandese ha presentato ricorso, schierandosi con la multinazionale americana, per il timore di perdere il ruolo di 'paradiso fiscale' e, dunque, tutto ciò che ne consegue in termini di IDE; i motivi posti a base del ricorso fanno evidentemente leva su una eccessiva interferenza da parte dell'UE nella politica fiscale, che si tramuta in una conseguente restrizione della sovranità degli Stati membri in un ambito ad essi espressamente riservato dalle disposizioni internazionali pattizie.

Al di là dei risvolti futuri della vicenda, che verranno a delinearci compiutamente con il prossimo intervento della Corte di Giustizia, è importante rilevare che il problema della tassazione alle imprese multinazionali in UE, che si lega a quello ancor più ampio della c.d. 'pianificazione fiscale', riveste una importanza cruciale per l'esistenza stessa del mercato unico

³ Per dare un ordine di grandezza dei profitti non tassati, la Commissione ha citato i dati comunicati durante le audizioni pubbliche del Senato USA relativi al 2011: in quell'anno *Apple Sales International* ha registrato utili per circa 16 miliardi di euro, dei quali solo 50 milioni erano considerati imponibili in Irlanda sulla base dei *ruling* di cui sopra. L'aliquota effettiva applicata ad *Apple Sales International* in quell'anno corrispondeva dunque allo 0,05% dei suoi utili annuali complessivi, mentre negli anni successivi, data la crescita degli utili registrati, alla quale non è tuttavia corrisposta una crescita degli utili tassabili in Irlanda, tale aliquota è diminuita ulteriormente, fino a scendere allo 0,005% nel 2014. Di un regime fiscale analogo ha potuto beneficiare *Apple Operations Europe*.

europeo, e necessari di essere compiutamente esaminati dalla prospettiva di tutti i soggetti coinvolti: le multinazionali, gli Stati membri dell'Unione Europea nonché l'Unione Europea medesima.

2. La ricerca dell'*optimum* fiscale quale motore delle scelte di governance

La pianificazione fiscale (o *tax planning*) attuata dalle imprese multinazionali si fonda sulla c.d. "ottimizzazione fiscale internazionale", ossia quella strategia attraverso la quale esse sfruttano le opportunità offerte dal mercato unico europeo, *rectius* i vuoti normativi ed i disallineamenti fiscali tra i diversi paesi membri, operando una serie di manovre che gli consentono di sottoporsi a regimi fiscali più favorevoli, il tutto con modalità e procedimenti più o meno regolari, non inquadrabili *sic et simpliciter* nella fenomenologia dell'evasione⁴.

La concreta messa in atto di tali strategie è resa possibile dalla struttura delle multinazionali, le quali si sostanziano in gruppi imprenditoriali composti da un'aggregazione di imprese societarie, separate per sede territoriale e spesso anche per settore di attività, formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte alla direzione unitaria e dominante di un'unica società (la *holding*), che direttamente e/o indirettamente controlla e dirige la loro attività di impresa⁵.

Tratto caratterizzante è pertanto costituito dal controllo esercitato della capogruppo sulle altre società, il quale si realizza attraverso il vincolo della partecipazione azionaria (totalitaria o, comunque, maggioritaria), e si sostanzia nella direzione – attraverso una struttura gerarchica e piramidale – dell'intera attività di produzione (e dunque organizzazione, tecnologie e metodi di lavoro utilizzati)⁶.

Tra la società madre e le filiali si creano flussi di direzione opposta: dal centro del sistema si indirizzano investimenti ed informazioni sulle strategie, mentre in senso contrario si sviluppa il flusso dei profitti; ed è proprio la ricerca di maggiori profitti che spinge ad

⁴ Sul punto si veda, *ex multis*, SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2016, p. 139 e ss; SANTORO, *Manuale di pianificazione fiscale internazionale*, Roma, 1992.

⁵ Ai fini della determinazione dei requisiti del 'controllo' e del 'collegamento' si applica l'art. 2359 c.c.

Sull'argomento, WINKLER, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano, 2008, p. 9; ALBERTO SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, p. 460

⁶ Sotto il profilo della struttura partecipativa esistente tra le società, i "gruppi" multinazionali possono essere distinti in tre diverse tipologie: gruppi a struttura semplice, gruppi a struttura complessa; gruppi a catena. Nella realtà operativa sovente accade che molte strutture posseggano i requisiti di tutte e tre le tipologie, dando vita a forme "ibride" del tutto particolari (c.d. gruppi a "struttura mista"). Per maggiori approfondimenti sul tema, si veda, tra gli altri, GENCO, *Corporate Governance: sistemi e strutture di governo dell'impresa*, Torino, 2014, p. 146 e ss.

aumentare il grado di multinazionalizzazione, incrementando gli investimenti in Paesi sempre nuovi, a seconda delle più convenienti condizioni di mercato.

Grazie alle libertà che lo caratterizzano, soprattutto quella di stabilimento, il mercato unico europeo è divenuto uno dei principali mercati sui quali dette imprese operano; anche laddove si tratti di multinazionali estere (nelle quali, cioè, la società madre è sita in paesi extraeuropei), il loro ingresso all'interno del mercato UE risulta estremamente agevole, realizzandosi attraverso una semplice manovra di *governance*, rappresentata dalla creazione di filiali partecipate dalla *holding* (e dunque da essa controllate) o ad essa collegate, in uno degli Stati membri dell'Unione, propendendo – evidentemente – per quelli a bassa fiscalità⁷.

La *ratio* dell'ottimizzazione fiscale, pertanto, è quella di riuscire a beneficiare della più bassa pressione fiscale possibile, non contravvenendo a nessuna delle norme imposte dalla legislazione fiscale internazionale; sebbene vi siano molteplici modalità attraverso le quali realizzare il medesimo obiettivo, può ritenersi che le principali manovre siano ascrivibili a due diversi schemi di esecuzione: uno statico, che si realizza proprio attraverso la creazione di filiali in paesi a bassa tassazione fiscale, ed uno dinamico, consistente nella manipolazione dei prezzi di trasferimento nelle transazioni infragruppo (i c.d. *transfer pricing*).

La scelta dello Stato membro nel quale stabilirsi in modo permanente costituisce il fulcro della pianificazione fiscale, messa a punto mediante un'analisi rigorosa delle differenze normative, volte a raggiungere l'*optimum* fiscale tra i differenti regimi giuridici, sfruttando tutte le opportunità correlate al principio della società separata o sussidiaria, installate in maniera permanente.

Ed invero, la costituzione delle c.d. "*subsidiaries*" rappresenta una delle principali modalità di penetrazione nel mercato estero di riferimento, attraverso le quali si sviluppa il processo di internazionalizzazione delle imprese multinazionali.

Essendo una società di diritto estero, la *subsidiary* costituisce un'entità legale distinta e separata dalla casa madre, soggetta dunque al diritto dello Stato 'estero' in cui viene costituita (quanto a *governance*, capitale, contabilità ecc.); pertanto anche il reddito da essa prodotto è soggetto alla potestà impositiva esclusiva

⁷ Si pensi al caso Apple sopracitato, o ad analoghi colossi quali Google, Amazon, FCA, Starbucks, i quali hanno stabilito le loro sedi nei c.d. 'paradisi fiscali europei' (il riferimento è rispettivamente a Google Ireland Limited, Lux SCS et Lux EU SARL – due entità di Amazon site in Lussemburgo –, Fiat Finance and Trade Lux, la filiale olandese di Starbucks) e, con l'ausilio degli Stati di stabilimento, hanno per anni artificiosamente ridotto le imposte a carico delle società, utilizzando quei meccanismi di *governance*, volti proprio all'ottimizzazione fiscale, realizzati attraverso il collegamento strumentale tra la divisione di volta in volta considerata e la casa madre europea o estera.

dello Stato di costituzione (salvo deroghe speciali)⁸.

Le opportunità legate alle società di diritto estero sono evidenti: esse consentono di lavorare in *joint venture* con altri *partners*, consentono di separare le responsabilità per le attività svolte dall'impresa estera (ove godano di *limited liability*) e, soprattutto, possono consentire di assoggettare i redditi prodotti dall'impresa alla sola tassazione dello Stato nel quale risiedono, salva l'applicazione delle norme anti – abuso CFC⁹.

⁸ Se istituita in uno Stato coperto da Convenzioni contro le doppie imposizioni, troveranno applicazione le norme convenzionali; si tratta di Trattati internazionali, che entrano in vigore a seguito dello scambio degli strumenti di ratifica tra i Paesi contraenti e che disciplinano le modalità di ripartizione della tassazione tra gli Stati stipulanti (prevedendo divieti di doppia tassazione, ritenute ridotte su *royalties*, dividendi, interessi ecc...).

In Italia, ai fini del riconoscimento della residenza fiscale, la *Subsidiary* è soggetta al "test" della esteroestizione, concetto con il quale si intende la fittizia localizzazione all'estero della residenza fiscale di una società, in paesi che assicurano un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, allo scopo di sottrarsi agli adempimenti previsti dall'ordinamento tributario del Paese di reale appartenenza (*Cass. civ. sez. Trib. 07/02/2013 n. 2869*). Detto "test" consiste nel superare la c.d. presunzione di esteroestizione (di cui ai commi 5-bis e 5-ter dell'art. 73 TUIR), secondo la quale si presumono residenti in Italia, salvo prova contraria, quelle società o quegli enti che, pur avendo la sede legale o amministrativa all'estero, detengono direttamente partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359 comma 1 c.c., in una società di capitali o altro ente commerciale residente in Italia e, allo stesso tempo, sono assoggettati al controllo, anche indiretto, da parte di soggetti residenti nel territorio dello Stato italiano oppure presentano un organo di gestione composto prevalentemente da amministratori residenti in Italia. La norma, introdotta nel 2006, introduce dunque una disciplina antielusiva volta a contrastare l'utilizzo di *holding* estere da parte di soggetti italiani, finalizzate al controllo di società italiane. Cfr. RIGATO, ZANOVELLO, BERTOLIN, CUCCO, DESIDERÀ, PACCAGNELLA, SOTTOVIA, *La residenza fiscale delle società: la presunzione di esteroestizione*, in www.diritto24.ilsolo24ore.com

⁹ Le CFC *rules* sono normative adottate da paesi a tassazione ordinaria al fine di contrastare il trasferimento di reddito imponibile verso i paesi a regime di fiscalità privilegiata (effettuato mediante fittizia localizzazione di redditi significativi in società partecipate estere residenti in paesi a fiscalità privilegiata che non procedono alla sistematica distribuzione dei dividendi). Al verificarsi delle condizioni stabilite dalle singole normative nazionali, dunque, l'Amministrazione Finanziaria sarà legittimata ad imputare alla società controllante residente i redditi dei soggetti partecipati non residenti (le c.d. *Controlled Foreign Companies*).

In Italia l'attuale disciplina è contenuta nell'articolo 167 del TUIR, come da ultimo modificato dall'art.1 comma 142 L.28 dicembre 2015 n. 208 ("Legge di stabilità 2016") ed è attualmente oggetto della Direttiva UE 2016/1164 del Consiglio, in materia di lotta all'elusione fiscale (da recepirsi entro il 1 gennaio 2018). L'articolo dispone che, qualora un soggetto residente in Italia controlli, direttamente o indirettamente, un'impresa residente o localizzata in uno stato a fiscalità privilegiata (cioè con livello nominale di tassazione inferiore al 50% di quello applicato in Italia), i redditi conseguiti dalla partecipata estera sono tassati separatamente per trasparenza in capo al socio residente, previa rideterminazione degli stessi secondo le disposizioni ordinariamente previste per la determinazione del reddito d'impresa. Ai fini della determinazione del requisito di controllo si applica l'art. 2359 c.c.. Per maggiori approfondimenti sul punto, si veda,

Viene da sé, allora, che la scelta dell'allocazione della *subsidiary* propenderà per i Paesi che presentano le più basse aliquote d'imposta, innescando consequenzialmente una vera e propria concorrenza fiscale tra gli Stati che, attraverso la riduzione della pressione fiscale sulle società, tentano di proteggere la propria base imponibile ed attrarre IDE.¹⁰

A riguardo va osservato che il diritto UE non vieta la concorrenza fiscale tra Stati Membri in sé, essendo questa in realtà l'effetto dell'operare delle libertà previste nei Trattati; al contrario, sono vietati sono quei comportamenti degli Stati membri qualora si spingano ad applicare un regime fiscale di favore ad alcune imprese, traducendosi ciò in un intralcio alla libera concorrenza. Del pari sono quei comportamenti che consentono alle imprese di sfruttare abusivamente le libertà di circolazione nell'ambito del mercato UE.

Ed invero, come sottolineato a più riprese dalla Corte di Giustizia Europea: «lo sfruttamento delle libertà economiche previste dai Trattati non può spingersi fino a comprendere operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì realizzate al solo scopo di beneficiare abusivamente, attraverso costruzioni puramente fittizie, dei vantaggi previsti dal diritto UE»¹¹. Oltretutto, la possibilità per

alcune imprese di beneficiare di un trattamento fiscale di favore contrasterebbe con il divieto di aiuti di Stato previsto invece dal diritto fiscale internazionale.

Per ciò che concerne la seconda modalità di ottimizzazione fiscale sopracitata, il “*Transfer Pricing*”, esso indica il complesso di tecniche adottate dalle imprese multinazionali nella formazione dei prezzi relativi alle cessioni di beni ed alle prestazioni di servizi tra le diverse entità collegate del gruppo, operanti (*alias* residenti) in Stati diversi (c.d. *cross border operations*), attraverso le quali esse spostano redditi imponibili da una società all'altra del gruppo proprio mediante la ‘manipolazione’ dei prezzi di trasferimento praticati nelle transazioni infragruppo (le c.d. *controlled transactions*). L'abuso consiste in ciò che detti prezzi non corrispondono all'esatto valore delle merci o dei beni trasferiti, ma sono determinati all'interno del gruppo societario al solo fine di trasferire componenti reddituali positivi in Paesi a più vantaggiosa fiscalità, sottraendoli alla maggiore tassazione che sarebbe invece loro applicabile.¹²

Requisito oggettivo affinché possa parlarsi di *transfer pricing* è, dunque, la discrepanza tra il valore di vendita di un bene (o servizio) ad una società del gruppo ed il valore di vendita dello stesso bene (o servizio) sul libero mercato.

Il prezzo praticato viene determinato non in ragione delle leggi della domanda e dell'offerta, bensì in ragione della particolare politica economica e finanziaria del gruppo, alla cui base possono esservi i motivi più vari: la minore imposizione fiscale, la diminuzione del grado di concorrenza in un mercato, la distribuzione delle liquidità all'interno del gruppo e così via.

Naturalmente gli Stati membri, specialmente quelli ad elevata fiscalità, in quanto maggiormente colpiti da simili pratiche, hanno tentato di arginare il problema mediante soluzioni idonee a dirimere i conflitti tra i vari Stati interessati; si pensi alle Linee Guida OCSE (“*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*”) approvate nel 2010, e recepite nel nostro ordinamento con l'art. 26 DL 26/2010, convertito nella L. 122/2010, il quale ha introdotto un regime di oneri documentali con riferimento ai prezzi di trasferimento di beni e servizi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 110 comma 7 TUIR (articolo che disciplina il trattamento fiscale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito di transazioni fra società, imprese, stabili organizzazioni ed in generale enti appartenenti al medesimo gruppo multinazionale).

Viene stabilito che dovrà essere dimostrato, attraverso una documentazione redatta secondo uno specifico schema ministeriale, che i prezzi di trasferimento

VALENTE, *Controlli alle imprese: profili critici nelle attività estere*, Milano, 2015, capitolo VI, p. 275 e ss.

¹⁰ Per completezza espositiva va ricordato che la modalità alternativa alla creazione di *subsidiaries* è quella delle *branches* (*alias* stabili organizzazioni), definite sedi fisse di affari nelle quali l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività (vi rientrano le sedi di direzione, le succursali, gli uffici, le officine, i laboratori, i cantieri di costruzione, i luoghi di estrazione di risorse naturali). Si tratta di una nozione prettamente fiscale che consente allo Stato ove l'impresa viene svolta di assoggettare a tassazione i redditi prodotti da un soggetto non residente; l'entità legale è sempre la società madre, unico soggetto di diritto, e la stabile organizzazione ne diviene il braccio operativo nel territorio estero, sebbene dal punto di vista tributario sconti la tassazione del paese all'interno del quale opera (poiché considerata autonomo soggetto d'imposta).

I vantaggi consistono in ciò che la registrazione di una stabile organizzazione, a differenza della *subsidiary*, non comporta i costi di gestione di una entità legale *start up*, ma lascia alla casa madre la possibilità di dotarla di un fondo *ad hoc* per l'attività in loco, senza dunque prevedere versamento di somme a titolo di capitale; dal punto di vista fiscale non vi è assoggettamento a ritenuta dei pagamenti per *passive incomes* (*royalties*, interessi) tra *branch* e società madre, inoltre il risultato della *branch* estera concorre alla formazione del reddito imponibile della società madre; infine, dal punto di vista contabile, i risultati della stabile organizzazione dovranno entrare a far parte del bilancio ordinario della casa madre, ed i redditi della stessa concorreranno a formare il risultato d'esercizio della casa madre. La mancanza di soggettività giuridica autonoma determina l'immediata attribuzione dei redditi (o perdite) della S.O. in capo alla casa madre e quindi l'assenza di dividendi nei rapporti reciproci. Nel caso di *subsidiary*, per converso, non è consentito (se non con “consolidato fiscale mondiale”) dedurre dal reddito della società madre le perdite dell'impresa estera. Cfr. MAYR SANTACROCE; *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013 p.5 e ss.

¹¹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Halifax* par. 68.69 –

EU:C:2006:121 - e Corte di Giustizia, sentenza *Cadbury Schweppes* par. 50-51 EU:C:2006:544).

¹² Cfr., tra gli altri, BUCCICO, *La tassazione dei gruppi di impresa*, Rimini, 2014, p. 272 e ss.

tra le imprese associate corrispondano al valore normale dei beni di trasferimento tra le imprese indipendenti (il c.d. prezzo in regime di libera concorrenza – *arm's length price*). In questo caso non saranno applicate sanzioni in caso di infedeltà della dichiarazione, ma solo la maggiore imposta o il minor credito eventualmente scaturente dalla rettifica.

Diventano dunque irrilevanti, ai fini fiscali, i valori stabiliti dalle parti, per essere sostituiti dai valori normali stabiliti dal libero mercato. Tale disciplina mira dunque a riportare le transazioni infragruppo ad una condizione di libera concorrenza, rideterminando il prezzo delle stesse secondo il criterio del valore “normale” (in tal senso Cass. Civ., IV sezione, sentenza del 23 ottobre 2013 n. 24005)¹³.

Aspetto evidentemente problematico della disciplina appena descritta è quello della difficoltà di stabilire i valori normali nelle singole transazioni (che vanno analizzati in relazione al mercato di riferimento per ogni tipologia di transazione) e fornire la prova dell'evasione fiscale, la quale si realizza, come sottolineato dalla Corte, solo nel caso in cui non vi sia quella na-

¹³ Il principio OCSE sulla libera concorrenza secondo il quale «quando le condizioni convenute o imposte tra le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie sono diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che a causa di dette condizioni non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza» viene messo in relazione alla necessità di stabilire il valore nominale di trasferimento, quale risulta dall'art. 9 terzo comma T.U.I.R. (richiamato dall'art. 110 D.P.R. 917/86), il quale fa riferimento “al prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza ed al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquistati o prestati e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi [...]».

Ai fini della determinazione del “valore normale” esistono vari metodi: 1) il confronto del prezzo. La congruità del prezzo viene accertata confrontando il prezzo soggetto a verifica con quello praticato per transazioni comparabili tra imprese indipendenti (c.d. CUP - *Comparable Uncontrolled Price Method*); 2) metodo del prezzo di rivendita. Il valore normale consiste nella differenza tra il valore al quale il bene viene ritrasferito dall'acquirente e un congruo margine di utile (c.d. *Resale Price Method*); 3) metodo del costo maggiorato. Il valore del prezzo si ottiene sommando al costo di produzione del bene un margine di utile lordo (c.d. *Cost Plus Method*).

Vi sono poi anche dei metodi alternativi a questi definiti ‘di base’, quale, per esempio, il metodo del *profit sharing*: il valore dei prezzi viene determinato in seguito alla ripartizione degli utili complessivi del gruppo tra le imprese che vi fanno parte, proporzionalmente ai costi che le stesse hanno sopportato.

Ogni società è tenuta del resto ad indicare (ed adeguatamente provare), quello tra i metodi comparativi che, a suo avviso, si presta a valutare il carattere di libera concorrenza dei suoi prezzi di trasferimento, in considerazione delle particolari condizioni delle transazioni poste in essere, il cosiddetto *best method rule*. Per approfondimenti sui c.d. “cinque fattori della comparabilità”, cfr. VALENTE, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing. Metodologie applicative*, Milano, 2013, Cap. 2, 120 e ss.

turale contrapposizione di interessi commerciali che invece sussiste tra imprese indipendenti: nel caso in cui, cioè, le società coinvolte siano tra loro legate da rapporti di controllo o collegamento e le politiche sui prezzi di trasferimento si realizzino in base a ‘direttive’ imposte dal soggetto controllante, che mira a comprimere la libertà contrattuale della propria controllata in funzione dei fini di gruppo.

La difficoltà di identificare il valore normale è massima laddove le cessioni infragruppo riguardino servizi, interessi, *royalties* ed altri beni e servizi immateriali/intangibili/intellettuali; in tali casi è problematico stabilirne il valore di mercato e, di conseguenza, il prezzo di trasferimento.

Di fatto, la sistemazione degli attivi intangibili e della proprietà intellettuale è un metodo valido *workdivide* per spostare i guadagni nelle giurisdizioni fiscali più favorevoli e per ottenere, di conseguenza, una riduzione delle imposte o una bassa tassazione fiscale per tutto il gruppo. Questa forma di agire è tipica delle imprese con elevato contenuto tecnologico, pur tuttavia non limitandosi esclusivamente ad esso, atteso che in molteplici casi gruppi di imprese hanno trasformato semplici strategie d'affari *standard* in attivi intangibili e/o in proprietà intellettuali.

Alla luce di quanto appena esposto, un dato trasparente con evidenza: l'estrema facilità per i gruppi multinazionali di trasferire gli utili da uno Stato all'altro, alla continua ricerca della tassazione più conveniente, senza contravvenire (direttamente) a nessuna normativa fiscale ma sfruttandone semplicemente le lacune. È quel che viene comunemente definita pianificazione fiscale aggressiva.

3. I *tax ruling*: l'emblema del limite alla sovranità statale in ambito fiscale

Per quanto concerne gli Stati Membri UE, viene in rilievo l'annosa questione relativa all'ampiezza della loro sovranità in materia fiscale, soprattutto con riferimento alla potestà impositiva da esercitarsi sulle persone giuridiche.

Invero, la sovranità nazionale in materia fiscale va necessariamente coniugata con le esigenze legate all'esistenza di un mercato unico; la creazione di un regime di libera concorrenza perfettamente funzionante impone, infatti, inevitabilmente che tutte le misure nazionali, comprese quelle adottate in ambito fiscale, siano sottoposte al vaglio istituzionale UE.¹⁴

¹⁴ In tal senso, si veda, da ultimo, Corte di Giustizia UE, V sez., 13 marzo 2014, C-375/12 par. 84.

Il vaglio UE è ancor più evidente per gli Stati Membri appartenenti all'Unione monetaria (la c.d. ‘zona euro’), poiché la politica monetaria è stata trasferita, con il Trattato di Maastricht, a livello sovranazionale e, dunque, le politiche economiche e fiscali degli Stati membri vanno in concreto con essa coordinate, non essendo concepibile un'unione monetaria tra Stati che gestiscano le loro politiche economiche e fiscali in modo del tutto divergente. Essi si impegnano, pertanto, a mantenere prezzi stabili, finanze pub-

Pertanto, sebbene liberi di determinare le scelte essenziali della propria politica fiscale, gli Stati membri sono in ogni caso tenuti al rispetto del principio di non discriminazione, non potendo le normative nazionali costituire un ostacolo, diretto o indiretto, alla libertà di circolazione, né tantomeno un aiuto di Stato vietato dai Trattati.¹⁵

In questo contesto, caratterizzato, da un lato, da un principio di sovranità fiscale degli Stati Membri – quantomeno in linea teorica – e, dall'altro, dai limiti a tale sovranità imposti dall'Unione Europea, si inserisce un altro fenomeno agevolativo per le imprese multinazionali, avallato stavolta dai Paesi membri, che è quello dei *tax ruling*.

Essi si sostanziano in accordi preventivi che intercorrono tra le autorità fiscali del singolo stato membro e le imprese, finalizzati a fornire a queste ultime tutte le informazioni circa le modalità con cui verranno calcolate le imposte in ambito societario ed i prezzi di trasferimento di beni e servizi.

I *ruling* fiscali permettono, dunque, alle imprese cui sono indirizzati di avere certezza giuridica circa l'ammontare dell'importo nonché le modalità di calcolo della tassazione che verrà loro applicata e, quindi, di attuare quella pianificazione fiscale aggressiva di cui si è detto, investendo e/o spostando gli utili verso quei Paesi che hanno offerto loro un regime di tassazione particolarmente vantaggioso, erodendo la base imponibile.¹⁶

Dal punto di vista concettuale, i *tax ruling* sono strumenti perfettamente legali, sostanziosi in lettere di *patronage* emesse dalle autorità fiscali nazionali,

bliche e condizioni monetarie sane e bilanci dei pagamenti sostenibili (art. 119, par. 3, TFUE), e a rispettare i parametri stabiliti nel Patto di stabilità e crescita.

¹⁵ Il riferimento è all'art. 107 TFUE, il quale dispone: «Salvo deroghe contemplate dai Trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati Membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza». I successivi articoli 108 -109 TFUE individuano invece la procedura attivabile dalla Commissione Europea qualora ravvisi una violazione del divieto summenzionato e le naturali conseguenze per lo Stato membro.

¹⁶ Nell'ottica di porre un freno alla situazione, nel dicembre 2015 il Consiglio Europeo ha adottato la direttiva 2015/2376/UE in materia di cooperazione amministrativa nel settore fiscale (le cui disposizioni sono entrate in vigore il 1 gennaio 2017), con la quale ha reso obbligatorio ed automatico lo scambio di informazioni sui *tax ruling* transfrontalieri tra gli Stati membri, già previsto con la direttiva del 2011 (2011/16/UE), ma in maniera meno incisiva poiché facoltativo. Restano esclusi dal suddetto obbligo soltanto i *tax ruling* emanati in favore di imprese con un fatturato annuo netto minore di 40 milioni di euro (ad esclusione delle imprese che si occupano di investimenti ed attività finanziarie). La disciplina in esame è coerente con le indicazioni emanate dall'OCSE in materia di contrasto ai fenomeni di erosione della base imponibile e con i risultati raggiunti dal G20 di Antalya del novembre 2015.

con le quali si stabiliscono a-priori i criteri di determinazione delle modalità di calcolo delle imposte societarie o l'applicazione di alcune disposizioni fiscali speciali; il tutto quale estrinsecazione di quella sovranità in materia fiscale dei quali gli Stati sarebbero titolari.

A renderli illegali è la selettività della loro applicazione, essendo tendenzialmente indirizzati alle multinazionali, con l'evidente finalità di attrarre investimenti esteri: avallando metodi complessi ed artificiosi di determinazione della base imponibile delle società, che non riflettono le normali condizioni di mercato, essi divengono vantaggi fiscali selettivi e, dunque, considerati aiuti di stato, in quanto tali vietati ai sensi dell'art. 107 TFUE.

Una volta appurata l'illegalità dei *ruling*, l'UE impone allo Stato membro coinvolto il recupero dei vantaggi fiscali resi, al fine di ridurre la distorsione della concorrenza da essi determinata; il valore del vantaggio concorrenziale indebito concesso corrisponde, in linea generale, alla differenza tra le imposte effettivamente versate e quelle che sarebbero state versate senza *tax ruling*, e dunque alle normali condizioni di mercato, oltre interessi.

Non è invece stabilita alcuna ammenda o altro trattamento sanzionatorio nei confronti della società beneficiaria dell'aiuto, in quanto le prescrizioni in materia contenute nel TFUE tendono semplicemente a garantire «la *restitutio in integrum* delle condizioni di libera concorrenza ed il ripristino della situazione del mercato comune al momento antecedente l'intercorsa alterazione degli scambi *intra-europei*» (Cfr., tra le altre, Corte di Giustizia UE 17.10.2013, C-344/12, Commissione c. Repubblica Italiana).

Appare pertanto con evidenza che la principale criticità dell'intero sistema fiscale internazionale scaturisce da una mancata armonizzazione, a livello sovranazionale, delle normative fiscali statali, unitamente all'assenza di una piena cooperazione tra gli Stati; uniche azioni che potrebbero porre un freno significativo all'elusione fiscale ed ai connessi fenomeni di utilizzo strumentale del mercato UE.

4. I correttivi fiscali prospettati dalla Commissione Europea

Al fine di contrastare concretamente le aggressive strategie di pianificazione fiscale descritte *sub* par. 2) e 3), le istituzioni europee (PE e CE) hanno da tempo elaborato un *action plan* volto a realizzare un maggiore accentramento della politica economica e fiscale a livello sovranazionale, continuando tuttavia a trovare ostacolo da parte degli Stati membri che, per converso, non intendono perdere quella potestà impositiva che gelosamente custodiscono, sebbene tale scelta rischi seriamente di trasformarsi in un concreto pregiudizio per la stessa sovranità statale.

Ecco perché, mentre sul piano della cooperazione tra Stati, si sono registrati notevoli miglioramenti, so-

prattutto a partire dal G20 del 2015, non può dirsi altrettanto in materia di armonizzazione fiscale a livello europeo, non essendovi, allo stato, alcuna concreta misura atta a vanificare o quantomeno ad arginare seriamente il proliferare delle pratiche di abuso fiscale.¹⁷

La soluzione avanzata dalla Commissione sin dal lontano 2011, rilanciata con cadenza annuale, ma che continua ad essere all'impatto in Consiglio per assenza dell'unanimità richiesta dall'art. 115 TFUE, consiste in un'armonizzazione minima in materia di imposte sulle società, incentrata sulla *Ccctb* (*Common consolidated corporate tax Base*) ossia la base imponibile comune; misura che inerisce il consolidamento degli utili europei delle grandi corporazioni, con apporziamento della base imponibile europea tra i paesi dell'Unione nei quali l'impresa conduce la sua attività e realizza a tutti gli effetti valore economico.

Ciò rappresenta una totale revisione della logica di base del sistema fiscale internazionale in quanto la tassazione globale non mira a trasformare le singole imprese dei gruppi multinazionali in un'infinità di aziende vincolate bensì in una entità giuridica unica, obbligata a presentare bilanci consolidati a livello mondiale in qualsiasi Stato, per poi procedere alla distribuzione del profitto totale tra i differenti Paesi, secondo una politica che concili la presenza economica reale dell'impresa straniera in qualsiasi territorio in cui essa opera.¹⁸

Dette procedure vengono compiutamente disciplinate dall'OCSE e si fondano sull'idea di una creazione di approcci separati per ciascuno Stato, sebbene in base alla legislazione fiscale internazionale; il tutto al fine di migliorare l'efficacia dell'intero sistema, pur continuando a rispettare la sovranità nazionale in materia.

Il risultato auspicato sarebbe quello di realizzare un unico regime fiscale europeo per il calcolo del reddito imponibile delle società, soprattutto multinazionali, invece che 27 regimi fiscali differenti, con una pre-

visione di stima della Commissione di una possibile riduzione del *profit-shifting* intra-UE di circa il 70% rispetto al valore attuale.

¹⁷ In quella occasione l'OCSE aveva presentato il report *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (meglio noto con l'acronimo inglese *BEPS*), sottoscritto dai leader del G20; si tratta di un piano di 15 punti finalizzato a lanciare un'offensiva a livello mondiale contro l'evasione fiscale operata in particolar modo dalle multinazionali, e basato sui principi della maggiore cooperazione tra Stati attraverso lo scambio automatico di informazioni (e dunque aumentando la trasparenza), maggiore coerenza tra i regimi fiscali nazionali in materia di attività transnazionali e rafforzamento dei requisiti sostanziali alla base degli *standard* internazionali vigenti, attraverso un allineamento della tassazione con la localizzazione delle attività produttive.

¹⁸ Cfr., sul punto, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio "Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento", COM (2015) 302 final del 17 giugno 2015; Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante "norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno" (GU L 193 del 19.7.2016, pag. 1).

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Accertamento – Imposte sui redditi – Imposta sul valore aggiunto – Accertamento analitico induttivo – Antieconomicità della gestione – Art. 39, primo comma, lett. d), d.P.R. 600/1973– Artt. 54, 55, d.P.R. 633/1972

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, anche in caso di contabilità formalmente regolare, i ricavi possono essere ritenuti falsi in base alla loro sproporzione per difetto rispetto ai costi: in tal caso è ammissibile un accertamento analitico - induttivo, il quale tenga conto delle poste passive indicate dal contribuente, per ricostruire i ricavi effettivi. La Suprema Corte ha ribadito che tale metodologia di accertamento è sempre legittima quando l'esposizione dei ricavi sia talmente ridotta rispetto ai costi da indurre a ritenere antieconomica la gestione. Del pari, in materia IVA, l'Amministrazione finanziaria, in presenza di contabilità formalmente regolare, ma intrinsecamente inattendibile per l'antieconomicità del comportamento del contribuente, può desumere in via induttiva, ai sensi dell'art. 39, comma 1, lett. d), del d.P.R. n. 600 del 1973 e dell'art. 54, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 633 del 1972, sulla base di presunzioni semplici, purché gravi, precise e concordanti, il reddito del contribuente utilizzando le incongruenze tra i ricavi, i compensi ed i corrispettivi dichiarati e quelli desumibili dalle condizioni di esercizio della specifica attività svolta. In tal caso, incombe sul contribuente l'onere di fornire la prova contraria. Nel caso di specie, la Cassazione ha confermato la sentenza della CRT abruzzese, la quale aveva legittimato l'utilizzo degli strumenti accertativi suindicati da parte dell'Ente impositore, evidenziando l'antieconomicità costante dell'attività imprenditoriale della società contribuente, affermando inoltre l'inidoneità delle contro allegazioni della società contribuente stessa ad inficiare il supporto fattuale/argomentativo dell'atto impositivo impugnato.

Cass. civ., sez. VI, 25 agosto 2017, ord. n. 20431 - Pres. S. Schirò - Rel. E. Manzoni

Agevolazioni fiscali – Prima casa – Acquisto altro immobile – Rilevanza classificazione catastale – Revoca agevolazioni

Il godimento delle agevolazioni fiscali previste per l'acquisto della "prima casa", di cui all'art. 1, nota II-bis, lettera b), tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, è condizionato alla non titolarità del diritto di proprietà di altra casa di abitazione nel territorio del Comune ove è situato l'immobile da acquistare, non specificando, però, se per fruire del beneficio si debba fare riferimento all'accatastamento dell'immobile acquistato o alla destinazione data dal contribuente all'immobile stesso. L'ordinanza ribadisce la precedente giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. VI- 5, n. 25646/15; conf. n. 25521/16) per cui ha rilievo il solo parametro oggettivo della classificazione catastale dello dell'immobile e non la situazione soggettiva del contribuente o il concreto utilizzo del bene (ad esempio destinato ad uso ufficio). Se all'atto del rogito l'immobile già di proprietà del contribuente avesse una classificazione catastale abitativa (A/2) non sarebbe possibile annullare gli atti di liquidazione delle maggiori imposte dovute a seguito di decadenza delle agevolazioni in questione.

Cass. civ., sez. VI, 2 agosto 2017, ord. n. 19255 - Pres. E. Cirillo - Rel. P. Vella

Area fabbricata – Unità collabenti – Imposta comunale – Base imponibile – Categoria catastale F/2

Il fabbricato censito nella categoria F/2, unità collabenti, ossia ruderi, non è soggetto al pagamento dell'imposta comunale sugli immobili, poiché privo di rendita e, di conseguenza, di base imponibile.

Non è lecito tassare tale fabbricato sulla base dell'area di insistenza, ancorché suscettibile di utilizzo edificatorio con demolizione dell'esistente fabbricato: in tal modo, infatti, si aggiungerebbe arbitrariamente un nuovo presupposto d'imposta, non contemplato dall'ordinamento, costituito dall'area "fabbricata", anziché "fabbricabile".

L'esistenza del fabbricato, seppur irrimediabilmente fatiscente, non altera la natura del bene, che resta, concordemente a quanto individuato in catasto, pur sempre un fabbricato. Dunque, la pretesa impositiva non può trovare ragion d'essere proprio perché tale fabbricato è privo di rendita, con effetto di azzeramento della base imponibile su cui calcolare l'imposta. Né si può stravolgere il presupposto impositivo, considerata l'area sottostante al fabbricato, poiché

si tratterebbe di introdurre, in maniera arbitraria, un nuovo elemento da assumersi come presupposto per l'imposta, ossia l'area "fabbricata".

Cass. trib., sez. V, 19 luglio 2017, n. 17815 - Pres. S. Schirò - Rel. G. M. Stalla

Art. 2-quater c. 1 d.l. 564/93 - Art. 19 c. 1 d.lgs. 546/92 - Autotutela - Silenzio della pubblica amministrazione - Discrezionalità - Impugnabilità del rifiuto tacito - Interesse alla stabilità dei rapporti giuridici

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2-quater co. 1 d.l. 564/93 e 19 co. 1 d.lgs. 546/92 sollevate in riferimento agli artt. 3,23,24,53,97 e 113 della Costituzione nel non prevedere un dovere dell'amministrazione finanziaria di adottare un provvedimento amministrativo sull'istanza di autotutela proposta dal contribuente e nel non prevedere l'impugnabilità, da parte di quest'ultimo, del rifiuto tacito dell'amministrazione finanziaria. L'autotutela tributaria, rappresenta un potere esercitabile d'ufficio da parte dell'amministrazione finanziaria sulla base di valutazioni discrezionali e non un rimedio giustiziale a favore del contribuente. Là dove fosse previsto un dovere generalizzato di pronunciarsi sulle istanze di autotutela dei contribuenti ed un diritto all'impugnabilità del provvedimento o del diniego tacito, si creerebbe, a vantaggio del contribuente, una situazione giuridicamente protetta azionabile sine die che lederebbe l'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici. Non sussiste pertanto alcun vuoto di tutela giurisdizionale, disponendo il contribuente degli ordinari rimedi di protezione giurisdizionale.

Corte Cost., 13 luglio 2017, n. 181 - Pres. P. Grossi - Rel. D. de Pretis

Classamento catastale dell'immobile - Uffici Pubblici - Diversa Classificazione - Necessarie radicali trasformazioni

La questione posta all'attenzione della Cassazione riguarda l'inesatto classamento catastale dovuto all'erronea attribuzione della categoria degli immobili che possono essere destinati esclusivamente ad uffici pubblici. La Ctr ha accolto l'appello dell'ufficio del territorio sostenendo l'effettiva erronea attribuzione della categoria catastale B/4; l'immobile ha caratteristiche strutturali tali da non poter essere destinato ad uso uffici o depositi, di proprietà di un soggetto privato che ha stipulato un contratto di affitto con il Comune e nonostante nel caso concreto lo stesso sia destinato a sede del Tribunale, la sua destinazione può mutare in qualsiasi momento ed essere usato per attività di natura terziaria da parte di soggetti non pubblici. Questo era stato il punto di vista dei giudici di merito. Il contribuente impugnava la sentenza per falsa applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 541/1948 in quanto rientrerebbero nella categoria D/8 solo i fabbricati costruiti o adattati per le speciali esigenze di un'attività commerciale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazioni. In questo caso specifico l'immobile - spiega il ricorrente - è stato adattato non ad esigenze commerciali, bensì a quelle pubblicistiche proprie dell'amministrazione della giustizia. La Corte di Cassazione ha dunque ritenuto di dover accogliere la censura, in quanto risulta pacifico che l'immobile in oggetto è stato adibito a sede di ufficio giudiziario. La relativa assunzione nella categoria catastale B/4, come preteso dal contribuente, anziché categoria catastale D/8, come invece ritenuto dall'amministrazione, integra una questione di falsa applicazione della norma invocata. Non vi è stata, infatti, nessuna ristrutturazione e la conformazione interna delle unità immobiliari è strutturata come ufficio pubblico. Va dunque esclusa un'attuale destinazione delle stesse ad uso commerciale.

Cass. civ., sez. VI-T, 17 luglio 2017, ord. n. 17683 - Pres. E. Cirillo - Rel. P. Vella

Imposta di registro - Fallimento - Decreto a seguito di opposizione avverso lo stato passivo - Art. 8, comma 1, lettera c) della Tariffa, Parte prima DPR 26 aprile 1986, n. 131 - Illegittimità costituzionale - Alternatività Iva registro

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lettera c) della Tariffa, parte prima, DPR 26 aprile 1986, n. 131, laddove assoggetta all'imposta di registro proporzionale, anziché in misura fissa, anche le pronunce che definiscono i giudizi di opposizione allo stato passivo del fallimento con l'accertamento di crediti derivanti da operazioni soggette ad Iva. Il principio di alternatività Iva - registro è specificamente limitato ai provvedimenti di condanna (di cui alla lettera b) della Tariffa) ed ha natura eccezionale e derogatoria. Secondo la costante giurisprudenza di legittimità le sentenze che a seguito del giudizio di opposizione ammettono al passivo del fallimento un credito in precedenza escluso, sono sentenze di accertamento dell'esistenza e dell'efficacia del credito ed in quanto tali rientranti, ai fini dell'imposta di registro, nella disposizione di cui alla lettera c). La Corte Costituzionale afferma che il trattamento differenziato non risponde a ragionevolezza qualora l'accertamento del credito soggetto a Iva sia, come nel caso dell'accoglimento dell'opposizione allo stato passivo, il presupposto necessario e sufficiente della partecipazione del creditore all'esecuzione collettiva. Per la soddisfazione del credito ammesso al passivo, infatti, non è richiesta una successiva pronuncia di condanna suscettibile di esecuzione forzata, preclusa dal divieto ex art. 51 della legge fallimentare. Sotto tale profilo, afferma la Consulta, la differenza tra le pronunce di accertamento e quelle di condanna tende a sfumare sino a dissolversi.

Corte cost., 13 luglio 2017, n. 177 - Pres. P. Grossi - Rel. D. de Pretis

Strumentalità immobili – Art. 40, comma 2, d.P.R. 917/1986 – Prova della funzione strumentale – Strumentalità *in re ipsa*

Il carattere strumentale di un immobile deve essere provato non in senso oggettivo, ma in riferimento all'attività concretamente svolta dall'azienda. In tema di imposte sui redditi, l'articolo 40, comma 2, secondo periodo, del d.P.R. n. 917/1986 non contempla alcuna categoria di beni la cui strumentalità è in re ipsa. Ai fini dell'accertamento della strumentalità, si può prescindere dall'utilizzo effettivo del bene solo nel caso in cui si riesca a provare che il bene stesso non possa avere destinazione diversa da quella accertata in relazione all'attività aziendale senza radicali trasformazioni, e tale prova non è superabile dalla mera affermazione del contribuente della categoria catastale di appartenenza dei beni.

Cass. trib., sez. V, 02 agosto 2017, n.19219 - Pres. A. Cappabianca - Rel. E. M. La Torre

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Codice doganale comunitario – Spese di trasporto – Merci importate – Vettori – Art. 32, paragrafo 1, lettera e), punto i)

*Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia si è pronunciata sulla corretta interpretazione della nozione di “spese di trasporto” prevista nell'ambito delle norme comunitarie che regolano la determinazione del valore in dogana delle merci importate: il riferimento è, in particolare, all'articolo 32, paragrafo 1, lettera e), punto i), del codice doganale comunitario (regolamento Cee n. 2913/92 del 12 ottobre 1992, applicabile *ratione temporis*), abrogato e sostituito, con effetto dal 1° maggio 2016, dal Codice doganale dell'Unione (cfr articolo 71, paragrafo 1, lettera e, punto i, regolamento Ue n. 952/2013 del 9 ottobre 2013). Secondo i giudici comunitari, le “spese di trasporto” non sono necessariamente limitate agli importi fatturati dai vettori che effettuano essi stessi il trasporto delle merci importate; anche le somme fatturate da altri prestatori di servizi, quali uno spedizioniere, possono costituire siffatte spese se sono connesse allo spostamento delle merci verso il territorio doganale dell'Unione. Il supplemento fatturato dall'intermediario all'importatore avente ad oggetto le spese che tale intermediario ha sostenuto per l'organizzazione del trasporto di merci verso il territorio doganale dell'Unione, nonché il suo margine di profitto, deve essere considerato connesso allo spostamento di tali merci verso il territorio doganale dell'Unione: di conseguenza, tali spese costituiscono “spese di trasporto” ai sensi del citato articolo 32, paragrafo 1, lettera e), punto i), del codice doganale comunitario.*

CGUE, sentenza dell'11 maggio 2017, C- 59/16, *The Shirtmakers BV* contro *Staatssecretaris van Financiën*

Esenzione Iva – Cessioni intracomunitarie – Artt. 138, paragrafo 1, 140, lettera a), e 141 della direttiva 2006/112/CE – Trasporto intracomunitario

La controversia giunta dinanzi alla Corte di giustizia riguarda la qualificazione come cessioni intracomunitarie di alcune operazioni realizzate da un'azienda operante nel settore ittico tra il 2008 e il 2010 e il pagamento dell'Iva relativa a queste operazioni, maggiorata da interessi di mora e sanzione. Nello specifico, la domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 138, paragrafo 1, 140, lettera a), e 141 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in combinato disposto con gli articoli 33 e 40 della stessa direttiva.

Secondo la Corte, i requisiti di applicazione dell'articolo 138, paragrafo 1, della direttiva Iva non possono essere soddisfatti se il bene oggetto della cessione non è trasportato o spedito a destinazione dell'acquirente il cui acquisto determina la cessione. Inoltre, trattandosi di operazioni che formano una catena di due cessioni successive che ha dato luogo ad un solo trasporto intracomunitario, tale trasporto intracomunitario può essere imputato a una sola delle due cessioni, che sarà, pertanto, l'unica esentata ai sensi dell'articolo 138, paragrafo 1, della direttiva. Per determinare a quale delle due cessioni debba essere imputato il trasporto intracomunitario occorre procedere ad una valutazione globale di tutte le circostanze del caso. In particolare, nel caso di due cessioni successive che abbiano dato luogo ad un solo trasporto intracomunitario, al fine di determinare a quale delle due cessioni il suddetto trasporto debba essere imputato, si deve stabilire se quest'ultimo sia avvenuto dopo la seconda cessione. In questa eventualità, secondo la Corte, solo la seconda cessione dovrebbe essere qualificata come cessione intracomunitaria e beneficiare, eventualmente, dell'esenzione di cui all'articolo 138, paragrafo 1, della direttiva Iva.

CGUE, sentenza del 26 luglio 2017, C-386/2016, *Tõridas UAB* contro *Valstybinė mokesčių inspekcija prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos*

Diritto internazionale

LA SOSPENSIONE DEI DIRITTI DEGLI STATI MEMBRI ALLA LUCE DI VIOLAZIONI GRAVI DEI VALORI UE	764
di Andrea Circolo	
LA CITTADINANZA EUROPEA <i>LEIT MOTIV</i> DEL DIRITTO A GODERE DEI BENEFICI SOCIALI: ESCLUSIONE DI QUALSIASI FORMA DI DISCRIMINAZIONE, SOPRATTUTTO DI QUELLE CHE METTONO A RISCHIO IL PROGETTO D'INTEGRAZIONE FAMILIARE EUROPEO. <i>Nota a sentenza della Corte di Giustizia, 15 dicembre 2016, Seconda Sezione, Cause riunite C – 401/15 a C – 403/15, Noémie Depesme, Said Kerrou, Adrien Kauffmann, Maxime Lefort ct Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche</i>	772
di Lucia Jessica Rosotta	
LA CORTE DI GIUSTIZIA RIBADISCE CHE AI SENSI DEL REGOLAMENTO DUBLINO III COMPETE AGLI STATI MEMBRI DI INGRESSO PROVVEDERE ALLA PROTEZIONE DEI CITTADINI DI PAESI TERZI RICHIEDENTI ASILO	785
di Francesco Romanelli	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA	801
di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli	

La sospensione dei diritti degli Stati membri alla luce di violazioni gravi dei valori UE

abstract

The recent internal affairs of Poland and Hungary have drawn the attention of the European institutions about the respect of the fundamental values of the Union, set out in art. 2 TEU. The threat to the rule of law and, more generally, to the freedoms and principles of the entire democratic system of the two Member States reopened the debate about the actual effectiveness of the coercion means available for the Union in order to ensure that the rules, once they have been breached, are (again) respected. Indeed, the inclusion of a new conciliation procedure by the Commission, based on contradictory, which preceded the formal activation of art. 7 TEU, did not produce the hoped-for effects. The complexity of the condemnation procedure, the unanimity required by the Treaties for the suspension of the rights of the two countries, the inapplicability of the principle of self-denial and the absence of an expulsion procedure have, in fact, encouraged the attacks on the functioning of the constitutional system, the independence of the judiciary from the executive, the freedom of thought, expression and association, the rights of refugees and asylum seekers, those of minorities, the free organization of the Polish and Hungarian civil societies. This is the paradoxical conclusion: that the considerable enlargement of the Union's borders today seems revealing itself as one of the obstacle to the acceleration and to the completing of the integrational process of the European destiny community.

keywords

Art. 7 TEU – Suspension of the rights – Fundamental values – Poland – Hungary – Unanimity – European Council – Revision – Rule of law.

abstract

Le recenti vicende interne di Polonia e Ungheria hanno richiamato l'attenzione delle Istituzioni europee circa il rispetto dei valori fondamentali dell'Unione di cui all'art. 2 TUE. La minaccia allo Stato di diritto e, più in generale, alle libertà e ai principi dell'intero sistema democratico dei due Paesi membri ha riaperto il dibattito circa la reale efficacia dei mezzi di coercizione a disposizione dell'Unione al fine di garantire che le norme, una volta accertatane la violazione, vengano di fatto (nuovamente) rispettate. Invero, l'inserimento di una nuova procedura di concertazione da parte della Commissione,

fondata sul contraddittorio tra le parti e che precedesse la formale attivazione dell'art. 7 TUE, non ha prodotto gli effetti sperati. La complessità in toto della procedura di condanna, l'unanimità richiesta dai Trattati per la sospensione dei diritti a danno dei due Paesi, l'inapplicabilità del principio di autotutela da parte degli altri Stati membri e l'assenza di una procedura di espulsione hanno, infatti, incoraggiato, per il momento, gli attacchi al funzionamento del sistema costituzionale, all'indipendenza del sistema giudiziario da quello esecutivo, alla libertà di pensiero, di espressione e di associazione, ai diritti dei rifugiati e dei richiedenti asilo, a quelli delle minoranze, alla libera organizzazione della società civile polacca e ungherese. Si giunge così alla paradossale conclusione per cui il notevole allargamento dei confini dell'Unione, ad oggi, sembra rivelarsi come uno degli ostacoli all'accelerazione e al compimento del processo d'integrazione della comunità di destino europea.

parole chiave

Art. 7 TUE – Sospensione dei diritti – Valori fondamentali – Polonia – Ungheria – Unanimità – Consiglio europeo – Revisione – Stato di diritto.

sommario

Premessa. – **1.** L'art. 7 TUE. – **2.** Il caso polacco. – **3.** Il caso ungherese. – **4.** Conclusioni.

Premessa

Il rispetto dei valori fondamentali è un canone indispensabile per la sopravvivenza delle relazioni reciproche tra soggetti. Questi fissano presupposti e limiti agli interessi dei singoli, dettando i confini positivi e negativi della libertà di ognuno. È pertanto ovvio che, fin dai suoi albori, la Comunità, oggi Unione, abbia posto come *leitmotiv* al centro del processo d'integrazione europea l'osservanza dei quei principi senza i quali viene meno la sua stessa *ratio existendi*.

L'art. 2 TUE stabilisce infatti che «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazio-

ne, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». La posizione privilegiata all'interno dei Trattati (seconda sola all'affermazione di parità giuridica tra TUE e TFUE) basta da sola a sottolinearne la massima rilevanza.

Eppure, la normativizzazione di una procedura *ad hoc* che permettesse ai Paesi membri di sanzionare lo Stato reo di aver violato le regole basilari del gioco ha dovuto attendere l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1999). Il ritardo legislativo è da imputare, però, alle resistenze opposte dagli stessi Stati membri. La *lacuna legis* è fuor di dubbio ideologica, e non tecnica: la motivazione principale si intreccia con quella dell'assenza di una norma sull'espulsione di un Paese membro dall'Unione¹, e, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2009), sul recesso dalla stessa². Del resto, regolare la possibilità di condannare uno Stato membro inottemperante, seppur col metodo intergovernativo (che lascia ancora notevole margine di manovra alle singole sovranità), appariva contraria allo spirito dei trattati e foriera di rallentamenti circa il processo di allargamento comunitario.

Il Trattato di Amsterdam, intervenendo sia sul TUE (art. 7) che sul TCE (art. 309)³, ha predisposto per la prima volta la c.d. clausola di sospensione: la versione risalente⁴ della disposizione non ha conosciuto grosse correzioni sostanziali, se non per pura chiarezza lessicale o nella numerazione degli articoli interessati (la quale ha vissuto una continua risistemazione anche dopo Nizza e Lisbona).

1. L'art. 7 TUE

La modifica più considerevole rispetto alla versione di Amsterdam consiste certamente nell'inserimento di una fase interlocutoria, tra la constatazione della violazione e la sanzione della stessa, «durante la quale il Consiglio ascolta le ragioni dello Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni»⁵.

¹ Basti pensare alle dichiarazioni, nel settembre 2016, dell'allora Presidente del Parlamento europeo, Martin Schulz, che, pur ritenendo comprensibili le apprensioni del Ministro degli Esteri lussemburghese Jean Asselborn, definì «un'enorme sciocchezza» la sua richiesta di espulsione dell'Ungheria dall'Unione per la questione del trattamento dei migranti alle frontiere ungheresi.

² In relazione alla *membership* nelle organizzazioni internazionali, pur essendo tutti riconducibili nel novero delle cause di perdita della qualità di Status membro di un'organizzazione, il fenomeno della sospensione va distinto nettamente da quelli dell'espulsione e del recesso (la cui ulteriore differenza rispetto alla sospensione stessa è da rinvenire nel soggetto dal quale viene emanato l'atto della decisione): la definitività degli effetti appartiene infatti solo a quest'ultime due.

³ Si veda l'attuale art. 354 TFUE.

⁴ La norma veniva predisposta inserendo, alla fine del titolo I, l'articolo F. I.

⁵ Cfr. STROZZI - MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Parte Istituzionale, 7° Edizione, Torino, 2016, p. 52. Gli autori ricordano che la procedura nasce nel 2003 ma prende le mosse dalla contestazione rivolta informalmente all'Austria nel 2000, a causa della partecipazione alla compagine governativa di un partito di

L'art. 7 TUE stabilisce, infatti, che il Consiglio possa sospendere alcuni diritti (compreso quello di voto in seno al Consiglio stesso) derivanti dai Trattati a favore dello Stato membro in questione, senza che questo smetta di essere vincolato dagli obblighi che derivano dai Trattati stessi, dopo che le Istituzioni europee incaricate abbiano accertato, a più riprese, la violazione dei valori fondamentali di cui all'art. 2 TUE.

Tuttavia, la disposizione è rimasta pressoché inalterata in virtù della prassi del tutto assente, almeno fino ai tempi più recenti, segnale dell'inefficacia della procedura «nel prevenire – e tanto meno risolvere – casi di aperta e grave violazione dei valori fondanti l'Unione all'interno degli ordinamenti nazionali»⁶.

Gli ostacoli maggiori all'utilizzo effettivo ed efficace di quella che è stata definita dall'ex Presidente della Commissione Juan Manuel Barroso l'opzione nucleare⁷ «semberebbero da individuarsi tanto nella soglia di attivazione richiesta quanto nelle complessità procedurali e nelle soglie di voto che ne hanno reso impervia l'utilizzazione»⁸.

Invero, l'art. 7. par. 1, TUE richiede che vi sia la maggioranza dei quattro quinti dei membri del Consiglio, su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, per la sola constatazione del rischio, mentre, nella seconda fase, quella dell'accertamento dell'esistenza della violazione, che può portare all'adozione di sanzioni nei confronti dello Stato censurato, è previsto che il Consiglio europeo deliberi all'unanimità, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo.

Per questo motivo, con una Comunicazione adottata l'11 marzo 2014⁹, «la Commissione ha inaugurato una nuova informale procedura, volta a verificare il rispetto dei principi dello Stato di diritto (*rule of law*) all'interno degli ordinamenti nazionali»¹⁰.

estrema destra (FPÖ), d'ispirazione ultranazionalista e xenofoba (*Affaire Haider*); i governi degli altri (allora) quattordici Stati membri annunciarono di voler adottare misure contro l'Austria (misure poi revocate a seguito di un rapporto di un Comitato appositamente nominato che concluse per il sostanziale rispetto da parte di quel governo degli impegni comunitari).

⁶ STROZZI - MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 52-53.

⁷ BARROSO, *Discorso annuale sullo stato dell'Unione pronunciato al Parlamento europeo*, Strasburgo, 12 settembre 2012. europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_it.htm.

⁸ MORI, *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma, stato e prospettive dell'Unione europea*, a cura di TIZZANO A., Quaderni della rivista, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 207.

⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 final, Strasburgo, 11 marzo 2014. eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0006.01/DOC_1&format=PDF

¹⁰ STROZZI - MASTROIANNI, *Op. loc. cit.*, p. 53.

Obiettivo principale del “nuovo quadro dell’UE per rafforzare lo Stato di diritto” è adottare «il potere leggero della persuasione politica»¹¹ che utilizza strumenti più informali «allo scopo di contrastare le minacce future allo Stato di diritto negli Stati membri prima che si verifichino le condizioni per attivare i meccanismi previsti dall’art. 7 TUE»¹². Infatti la Commissione, “agendo nell’ambito dei poteri di vigilanza conferitile dall’art. 17 TUE”¹³, ricerca una soluzione in via bonaria con lo Stato membro in questione”¹⁴, obbligato a collaborare con essa nel rispetto del principio di leale collaborazione di cui all’art. 4, par. 3 TUE. Prima ancora dell’intervento formale previsto dalla normativa primaria, la procedura in questione, attraverso un costante dialogo politico con il Paese interessato, consentirebbe così di mettere riparo ad una situazione di minaccia sistemica allo Stato di diritto.

Solo nell’ipotesi in cui la procedura non andasse a buon fine, tenuto comunque conto della sua natura non vincolante, verrebbe ufficialmente formalizzata l’attivazione degli strumenti di cui all’art. 7 TUE o, se del caso, all’art. 258 TFUE. Peraltro, il dialogo innestato tra le parti potrebbe rivelarsi utile per circostanziare la potenziale violazione, orientando in tal modo la scelta verso la clausola di sospensione piuttosto che verso il ricorso per infrazione: la prima, a dispetto della seconda, è di natura esclusivamente politica, i cui atti, pertanto, non sono suscettibili di sindacato giurisdizionale se non «per quanto concerne il rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dal suddetto articolo» (art 269 TFUE)¹⁵; l’ambito di applicazione dell’art. 7 TUE, inoltre, è più ampio di quello del ricorso per infrazione, poiché non è limitato all’area del diritto dell’UE: l’Unione ha la facoltà di attivare la clausola di sospensione in caso di violazione di valori fondamentali anche in un settore di autonoma competenza di un Paese membro¹⁶, purché lo Stato di diritto sia in pericolo.

La procedura «è stata contestata da più parti per la mancanza di base giuridica nei Trattati»¹⁷, poiché nasce da un atto atipico quale una Comunicazione della Commissione. È però opportuno precisare che l’Unione non necessitava di nuovi meccanismi sanzionatori, quanto di rafforzare l’utilizzo di quelli preesisten-

ti, premendo soprattutto sulla volontà dei principali protagonisti, ovvero i governi degli Stati membri¹⁸. Malgrado ciò, una fase di concertazione, aperta prima della formale contestazione, può favorire un contraddittorio costruttivo tra le parti che eviti di attivare uno strumento innegabilmente complesso come quello dell’art. 7 TUE: la soluzione più convincente sembrerebbe l’inserimento, nei Trattati, della suddetta procedura, come espediente politico d’azione che, attraverso il confronto, tenti di evitare un’*escalation* della situazione, e allo stesso tempo ne chiarisca i contorni.

2. Il caso polacco

La nuova modalità di concertazione è stata applicata per la prima volta nel 2016 nei confronti della Polonia, rea, secondo la Commissione, di aver violato i principi dello Stato di diritto attraverso la nuova normativa sulla Corte Costituzionale¹⁹. Nello specifico,

¹⁸ Così MORI, *Op. loc. ultt. citt.*, p. 205.

¹⁹ La questione è iniziata nell’ottobre del 2015, poco prima delle ultime elezioni politiche, quando la maggioranza uscente ha nominato cinque giudici della Corte Costituzionale, tre destinati ad entrare in funzione nel corso della legislatura in corso e due nel corso della successiva. Una decisione, secondo l’opposizione, il PiS (*Prawo i Sprawiedliwość*, Diritto e Giustizia), partito ultranazionalista conservatore di destra, presa nella consapevolezza di un consenso in diminuzione e dell’elevata probabilità di perdere le imminenti elezioni. Così il nuovo governo, appena entrato in carica, ha approvato, con una procedura accelerata, un emendamento alla legge relativa alla Corte Costituzionale per annullare le ultime nomine del vecchio governo e nominare cinque nuovi giudici. L’emendamento ha anche abbreviato l’incarico di presidente e vicepresidente della Corte da nove a tre anni, così che gli attuali incarichi arrivino a scadenza nei tre mesi successivi all’adozione dell’emendamento. Il 3 e il 9 dicembre, però, la stessa Corte Costituzionale si è espressa sulla questione con due diverse sentenze. Secondo la prima, la scorsa legislatura aveva il diritto di nominare i tre giudici per i posti vacanti nel corso del mandato ma non i due giudici per il successivo mandato. Con la seconda, invece, la Corte ha stabilito che il nuovo governo non aveva il diritto di annullare le tre nomine dei giudici scelti per la passata legislatura ma che poteva invece legittimamente sostituire i due mancanti per la legislatura in corso. La Corte ha anche dichiarato illegittima l’abbreviazione del mandato di presidente e vicepresidente. Il 22 dicembre la nuova maggioranza ha anche fatto approvare nuove regole sul funzionamento della Corte che ne complicano il funzionamento, in particolare incrementando il numero dei giudici che devono essere presenti alle udienze (13 giudici su 15, mentre, in precedenza, solo per casi particolarmente rilevanti, il quorum era pari a 9), aumentando la maggioranza richiesta per lo scrutinio sulla costituzionalità (dalla maggioranza semplice si passa alla maggioranza dei due terzi) e imponendo l’ordine cronologico nella revisione dei diversi casi sottoposti alla Corte, a prescindere dalla loro importanza, il che implica che le riforme introdotte dal partito Diritto e Giustizia saranno revisionate tra alcuni anni. Per di più le nuove disposizioni si applicano ai casi pendenti e includono una clausola di retroattività che comporta il riesame delle decisioni prese dalla Corte, quando in seduta non plenaria, prima dell’entrata in vigore degli emendamenti stessi. Un chiaro riferimento alle sentenze emesse dalla Corte Costituzionale il 3 e il 9 dicembre, mai trascritte sulla Gazzetta ufficiale, e rimaste dunque inattuato. A complicare ulteriormente la situazione si è inserita anche una nuova legge sulla limitazione

¹¹ Perifrasi fortunata di MORI, *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma, stato e prospettive dell’Unione europea*, cit., p. 207.

¹² COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell’UE per rafforzare lo Stato di diritto*, p.3.

¹³ La Commissione, il cui mandato è di cinque anni, «vigila sull’applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati e sull’applicazione del diritto dell’Unione, sotto il controllo della Corte di giustizia dell’Unione europea» (art. 17, par. 1 TUE).

¹⁴ MORI, *Op. loc. ultt. cit.*, p. 207.

¹⁵ In questo senso MORI, *Op. loc. ultt. cit.*, p. 205.

¹⁶ Cfr. MORI, *Op. loc. ultt. cit.*, p. 205.

¹⁷ STROZZI - MASTROIANNI, *Op. loc. ultt. cit.*, p. 53.

in data 1 giugno 2016, la Commissione ha adottato un parere formale di accusa nel quale ha focalizzato i termini delle questioni aperte²⁰, seguito da una Risoluzione²¹ nel mese di luglio che ha dato seguito alla procedura, ritenendo le misure legislative messe in campo nel frattempo dal governo polacco non sufficienti a far rientrare la minaccia all'indipendenza del sistema giudiziario dal potere esecutivo²².

In precedenza era intervenuto sulla questione anche un parere²³ della Commissione di Venezia, organo consultivo del Consiglio d'Europa esperto in diritto costituzionale, che aveva confermato che i recenti emendamenti concernenti il Tribunale costituzionale polacco rischiavano di indebolire l'efficacia del Tribunale stesso, compromettendo così la democrazia, i diritti umani e lo Stato di diritto in Polonia.

La vicenda, pur continuando a svilupparsi²⁴, ha

del diritto d'accesso dei media in Parlamento, che prevede di limitare a solo cinque reti televisive, selezionate, il diritto di entrare nelle Camere, seguirne i lavori, condurre interviste. Il 13 gennaio 2016 "l'esecutivo UE ha perciò deciso di lanciare una valutazione preliminare nel quadro delle regole sullo stato di diritto", ha annunciato il vicepresidente, Frans Timmermans. Per approfondimenti, si veda EUROPEAN COMMISSION, *Rule of law in Poland: Commission starts dialogue*, Bruxelles, 13 gennaio 2016. europa.eu/rapid/press-release_WM-16-2030_en.htm; PASCALE, *Polonia, Ue apre procedura senza precedenti sullo stato di diritto*, 13 gennaio 2016. eunews.it.

²⁰ Queste le parole della Commissione: «*The current concerns of the European Commission relate to the following issues:- the appointment of judges to the Constitutional Tribunal and the implementation of the judgments of the Constitutional Tribunal of 3 and 9 December 2015 relating to these matters;*

- the Law of 22 December 2015 amending the Law on the Constitutional Tribunal, the judgment of the Constitutional Tribunal of 9 March 2016 relating to this law, and the respect of the judgments rendered by the Constitutional Tribunal since 9 March 2016;- the effectiveness of the Constitutional review of new legislation which has been adopted and enacted in 2016». EUROPEAN COMMISSION, *Commission adopts Rule of Law Opinion on the situation in Poland*, Bruxelles, 1 giugno 2016. europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2015_en.htm; v. anche PASCALE, *Da Bruxelles nuovo avvertimento ufficiale alla Polonia sullo stato di diritto*, 1 giugno 2016. eunews.it.

²¹ EUROPEAN COMMISSION, *Rule of Law: Commission issues recommendation to Poland*, 2016/1374, Bruxelles, 27 luglio 2016. europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2643_en.htm.

²² Il compromesso più importante del *PiS*, nella nuova versione della riforma, riguarda la rinuncia all'aumento dei giudici necessari per l'approvazione delle sentenze, ritenuto un modo per paralizzare la Corte: non saranno così più necessari i due terzi dei membri per rendere effettivo un verdetto. BONDESAN, *Polonia modifica controversa riforma Corte costituzionale per placare tensioni con UE*, 8 luglio 2016. eunews.it.

²³ VENICE COMMISSION, *Poland should settle its constitutional crisis by respecting judgements of its Constitutional Tribunal*, Ref. DC 041(2016), Venezia, 11 marzo 2016. rm.coe.int/16807201cd

²⁴ Con una lettera del 28 ottobre 2016, il Ministro degli Esteri polacco Witold Waszczykowski ha comunicato che la Polonia ha risposto, entro la prevista scadenza di tre mesi (pena l'attivazione dell'art 7 TUE), alla Raccomandazione che il 27 luglio scorso la Commissione europea aveva inviato al Governo polacco, ai sensi del nuovo Quadro per rafforzare lo Stato di diritto, contestan-

subito una battuta d'arresto nel 2017 per la cruciale vicenda *Brexit*, certamente prioritaria per la Commissione, fino a trovare nuova linfa nel mese di luglio, a negoziati per l'uscita del Regno Unito già ben avviati. Il governo polacco ha, infatti, presentato l'ennesima riforma del sistema giudiziario che metterebbe seriamente in pericolo il principio di separazione dei poteri²⁵.

La risposta dell'Unione non si è fatta attendere: nonostante il Presidente della Repubblica polacca Andrzej Duda si sia rifiutato di ratificare due delle quattro leggi controverse in materia²⁶, già approvate dalla

dogli la compatibilità con quest'ultimo di talune recenti misure assunte in quel Paese, con riguardo, in particolare, alla normativa sulla Corte costituzionale. Nel documento si sosterrrebbe che le raccomandazioni della Commissione "sono basate sull'infondata tesi" del ruolo preminente della "Corte costituzionale nell'assicurare lo Stato di diritto". Varsavia ribadisce inoltre che una parte dei problemi segnalati dalla Commissione sono stati risolti con la nuova legge sulla Corte costituzionale varata dal Parlamento il 22 luglio, legge che è peraltro già stata oggetto di un ulteriore parere critico da parte della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa. www.dirittounioneuropea.eu; la Commissione ha successivamente emanato una nuova Raccomandazione nella quale si richiedeva, in buona sostanza, quanto già disposto nella precedente, stabilendo questa volta, però, un termine di due mesi per la risposta: EUROPEAN COMMISSION, *Rule of Law: Commission discusses latest developments and issues complementary Recommendation to Poland*, 2017/146, Bruxelles, 21 dicembre 2016. europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4476_en.htm.

²⁵ Il Parlamento polacco ha approvato un pacchetto di quattro leggi di riforma del sistema giudiziario. Il primo provvedimento è un emendamento alla legge sul Consiglio nazionale della magistratura (*Krs*), organo costituzionale che ha il compito di salvaguardare l'indipendenza dei magistrati e dei giudici e (dei quali decreta nomine e promozioni). La nuova legge scioglie il Consiglio e assegna al Parlamento, e non ai giudici stessi, il potere di nomina di 15 dei suoi 25 membri. La seconda legge prevede delle modifiche alle regole per la nomina dei giudici della Corte suprema: i suoi membri potrebbero essere così prepensionati forzatamente e verrebbe lasciato al ministro della Giustizia, Zbigniew Ziobro, il potere di decidere quali possono invece restare. La terza misura riorganizza il lavoro delle Corti ordinarie. "Una delle preoccupazioni è legata alla discriminazione di genere", ha spiegato Timmermans. Prima i giudici andavano in pensione a 67 anni, mentre ora si è deciso che le donne smetteranno di lavorare a 60 e gli uomini a 65. Infine cambierebbero le modalità di nomina dei Presidenti dei Tribunali distrettuali e delle Corti d'appello, rendendo il ministro della Giustizia il solo responsabile di tali decisioni. I sostenitori del *PiS* criticano invece i tribunali polacchi per le tempistiche lunghe dei processi e hanno accusato diversi magistrati di essere esponenti di un'élite non in grado di comprendere i problemi dei cittadini. I leader dei principali gruppi del Parlamento europeo hanno scritto una lettera al Presidente Antonio Tajani, chiedendo di agire per fermare la riforma e affermando che democrazia e Stato di diritto sono in pericolo nel Paese. www.eunews.it

²⁶ Il Capo di Stato polacco ha infatti respinto la nuova normativa sul Consiglio nazionale della magistratura e sulla nomina dei giudici della Corte Suprema, complici anche le dilaganti proteste di piazza. Sono escluse dal veto, invece, le misure che prevedono la nomina dei magistrati dei Tribunali regionali e delle Corti d'appello da parte dell'esecutivo e la riorganizzazione del lavoro nelle Corti ordinarie. Il veto disposto a due delle quattro leggi del

Sejm e dal *Senat*, la Commissione ha predisposto una responsiva su tre fronti²⁷. La prima mossa è stata l'adozione di una terza Raccomandazione²⁸, complementare alle prime due, e ad un anno esatto dalla prima, nella quale si intima alle autorità polacche di rimediare, entro un mese, alle minacce sistemiche allo Stato di diritto; in seconda battuta, la Commissione ha avviato un procedimento d'infrazione nei confronti della Polonia, ai sensi dell'art. 258 TFUE, notificando una lettera di messa in mora²⁹; infine, qualora le autorità polacche adottassero misure finalizzate a destituire o a costringere alle dimissioni i giudici della Corte suprema, la Commissione si è dichiarata pronta ad avviare immediatamente la procedura *ex art. 7, par. 1 TUE*, un avvertimento formale dell'UE che può essere emesso dai quattro quinti degli Stati membri in sede di Consiglio dei ministri³⁰.

pacchetto di riforma ha destato particolari perplessità, alla luce della vicinanza di Duda al partito di maggioranza, grazie ai voti del quale è stato eletto Presidente.

²⁷ «*First of all, we will swiftly prepare a third recommendation under the Rule of Law Framework to be formally adopted by College next week; secondly, we will swiftly prepare infringement procedures for breach of EU law, also to be launched next week; finally, with regard to Article 7, the option of triggering Article 7 of the Treaty was part of the discussion and it should come as no surprise to anyone that, given the latest developments, we are coming very close to triggering Article 7.*» TIMMERMANS, *Speech - College readout on grave concerns about the clear risks for independence of the judiciary in Poland*, Bruxelles, 19 luglio 2017. europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-2084_en.htm.

²⁸ EUROPEAN COMMISSION, *European Commission acts to preserve the rule of law in Poland*, C(2017) 5320 final, Bruxelles, 26 luglio 2017. europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2161_en.htm.

²⁹ Il 26 luglio il Collegio dei Commissari ha deciso di avviare un procedimento d'infrazione nei confronti dello Stato polacco non appena fosse stata pubblicata la legge sui tribunali ordinari. Due giorni dopo questa è stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale. La lettera di messa in mora della Commissione chiede al governo polacco di rispondere entro un mese. Esaminata la risposta pervenuta, o se la Polonia non trasmetterà osservazioni entro il termine previsto, la Commissione passerà eventualmente alla seconda fase della procedura d'infrazione emettendo un parere motivato. Il problema giuridico di fondo che la Commissione ravvisa in tale legge è la discriminazione di genere derivante dall'introduzione di una differente età pensionabile per i magistrati donna (60 anni) e uomo (65 anni), in violazione dell'articolo 157 TFUE e della direttiva 2006/54 sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Nella messa in mora la Commissione esprime anche il timore che la discrezionalità conferita dalla nuova legge al Ministro della Giustizia di prolungare il mandato dei magistrati giunti all'età della pensione e di destituire o nominare i presidenti dei tribunali comprometta in futuro l'indipendenza degli organi giurisdizionali polacchi. EUROPEAN COMMISSION, *European Commission launches infringement against Poland over measures affecting the judiciary*, Bruxelles, 29 luglio 2017. europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2205_en.htm.

³⁰ Chiarissime, nella circostanza, le dichiarazioni del Presidente della Commissione Jean-Claude Juncker: «*The Commission is determined to defend the rule of law in all our Member States as a fundamental principle on which our European Union is built. An independent judiciary is an essential precondition for membership in our Union. The EU can therefore not accept a system which allows*

La situazione sembra essere arrivata ad un punto di svolta cruciale. Ciononostante, non è da sottovalutare un fattore che potrebbe arrestare l'azione di condanna nei confronti del Paese polacco: l'unanimità all'interno del Consiglio, richiesta dall'art. 7 TUE per comminare l'eventuale sospensione dei diritti ai danni della Polonia, potrebbe non essere raggiunta grazie ad un'alleanza di comodo tra quest'ultima e l'Ungheria, l'altro Paese membro dell'Unione sotto la lente d'ingrandimento, rispolverando così antiche forme di collaborazione e di reciproco interesse tra questi due Paesi, come il Gruppo di Visegrád³¹.

3. Il caso ungherese

Proprio con l'Ungheria, però, potrebbe configurarsi la prima attivazione della clausola di sospensione della storia dell'Unione: lo Stato magiaro, guidato dal partito *Fidesz* del premier Viktor Orbán dal 2010, sta vivendo una temibile svolta autoritaria, di matrice xenofoba e reazionaria³².

dismissing judges at will. Independent courts are the basis of mutual trust between our Member States and our judicial systems. If the Polish government goes ahead with undermining the independence of the judiciary and the rule of law in Poland, we will have no other choice than to trigger Article 7.»

³¹ Il Gruppo di Visegrád, noto anche come Visegrád 4 o V4, è un'alleanza di quattro paesi dell'Europa centrale: Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria. Questo si è costituito a seguito di un vertice dei capi di Stato e di governo di Cecoslovacchia, Ungheria e Polonia tenutosi nella città ungherese di Visegrád il 15 febbraio 1991. L'incontro si era svolto per stabilire e rafforzare la cooperazione fra questi tre stati (divenuti quattro il 1° gennaio del 1993 con la divisione consensuale della Cecoslovacchia), allo scopo di promuovere l'integrazione unitaria del gruppo nell'Unione europea. L'alleanza potrebbe nuovamente rafforzarsi, anche per mezzo della procedura di infrazione, attivata dalla Commissione proprio ai danni di Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria, per i mancati ricollocamenti dei migranti da Italia e Grecia. Per approfondimenti sulla questione, v. EUROPEAN COMMISSION, *Relocation: Commission launches infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland*, Bruxelles, 14 giugno 2017. europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1607_en.htm.

³² Gli sviluppi della vicenda ungherese descrivono un grave deterioramento, nel corso degli anni, dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti fondamentali; in particolare, per quanto riguarda la libertà di espressione, il pluralismo dei media e la chiusura del giornale *Népszabadság*, la libertà accademica, i diritti umani dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati, la libertà di riunione e di associazione, le restrizioni e gli ostacoli alle attività delle organizzazioni della società civile, il diritto alla parità di trattamento, i diritti delle persone appartenenti a minoranze, compresi gli ebrei e le persone LGBTI, i diritti dei rom, tra cui lo sgombero dei rom a Miskolc e la segregazione dei bambini rom nell'istruzione, i diritti sociali, il funzionamento del sistema costituzionale, l'indipendenza della magistratura e delle altre istituzioni, compresa la possibilità di pronunciare una sentenza di condanna all'ergastolo ostativo, la sorveglianza di massa, lo sgombero forzato delle ONG ungheresi *Parlamento rom e Organizzazione gitana indipendente Phralipe* dalla loro sede e il rischio di chiusura degli archivi *Lukács*, e molte accuse inquietanti di corruzione e conflitti di interesse. A tal proposito, v. le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: nella causa *Szabó e Vissy /Ungheria* la CEDU ha stabilito che la normativa ungherese

Recentemente è intervenuto sulla questione, ancora una volta³³, il Parlamento europeo, attraverso una Risoluzione³⁴ molto dettagliata e altrettanto dura nei confronti dell'attuale *establishment* ungherese: dopo aver sollecitato il governo di Budapest ad adottare immediatamente tutte le misure idonee a far rientrare la minaccia ai valori fondamentali dell'UE³⁵, con particolare riferimento alla gestione delle frontiere e delle richieste d'asilo³⁶, e della vicenda dell'Università

in materia di sorveglianza segreta antiterrorismo, introdotta nel 2011, violava il diritto di rispettare la vita privata e familiare, il domicilio e la corrispondenza; nella causa *Ilias e Ahmed/Ungheria* la Corte aveva riscontrato la violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza, il diritto di disporre di mezzi di ricorso efficaci per quanto concerne le condizioni nella zona di transito di Röske e il diritto di essere tutelati da trattamenti disumani e degradanti in relazione all'espulsione dei richiedenti asilo verso la Serbia; nella causa *Baka/Ungheria* la Corte, infine, aveva stabilito che l'Ungheria aveva violato il diritto a un giusto processo e la libertà di espressione di András Baka, ex presidente della Corte suprema ungherese.

³³ Per le precedenti Risoluzioni del Parlamento europeo sulla questione ungherese, v. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzioni del 16 dicembre 2015 sulla situazione in Ungheria* (2015/2935(RSP)), *del 10 giugno 2015 sulla situazione in Ungheria* (2015/2700(RSP)), *del 3 luglio 2013 sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria* (2012/2130(INI)), *del 16 febbraio 2012 sui recenti sviluppi politici in Ungheria* (2012/2511(RSP)) e del 10 marzo 2011 sulla legge ungherese sui media (2012/C 199 E/17), Strasburgo. www.europarl.europa.eu.

³⁴ EUROPEAN PARLIAMENT, *European Parliament resolution on the situation in Hungary* (2017/2656(RSP)), Strasburgo, 17 maggio 2017.

³⁵ Nello specifico, Il Parlamento europeo si rammarica della mancata attivazione della nuova procedura di concertazione da parte dell'Ungheria, che avrebbe favorito il dialogo tra le parti sulle numerose questioni aperte; esprime preoccupazione per le ultime iniziative del governo ungherese, in particolare per quanto riguarda la continuazione della campagna di consultazione *Fermate Bruxelles* e le misure investigative destinate ai dipendenti stranieri dell'Università dell'Europa centrale, nonché per le dichiarazioni dei leader del partito al potere che si oppongono a qualsiasi modifica legislativa che tenga conto delle raccomandazioni formulate dalle istituzioni dell'Unione e dalle organizzazioni internazionali; invita la Commissione a monitorare attentamente l'utilizzo dei fondi dell'UE da parte del governo ungherese, in modo da garantire che qualsiasi progetto cofinanziato sia pienamente in linea con il diritto primario e secondario dell'UE; chiede nel contempo al governo ungherese di abrogare la legge recante modifica di taluni atti relativi all'inasprimento delle procedure svolte nei settori della gestione delle frontiere e dell'asilo nonché la legge recante modifica della legge sull'istruzione superiore nazionale e di ritirare la proposta di legge sulla trasparenza delle organizzazioni che ricevono sostegno dall'estero (progetto di legge ungherese T/14967); sollecita il governo ungherese a sospendere immediatamente tutti i termini previsti nella legge recante modifica della legge sull'istruzione superiore nazionale, ad avviare senza indugio negoziati con le pertinenti autorità statunitensi al fine di garantire le future attività dell'Università dell'Europa centrale, che rilascia diplomi di laurea accreditati negli Stati Uniti, nonché ad assumersi un impegno pubblico affinché l'università resti a Budapest quale ente indipendente.

³⁶ Pur essendo il diritto di asilo garantito nel debito rispetto delle disposizioni della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del relativo protocollo del 31 gennaio 1967 sullo status dei rifugiati,

dell'Europa centrale³⁷, lo stesso conclude affermando di essere «del parere che l'attuale situazione in Ungheria rappresenti un evidente rischio di violazione grave dei valori di cui all'art. 2 TUE e, perciò, giustifichi l'avvio della procedura descritta all'art. 7, par. 1 TUE, incaricando, pertanto, la commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni di avviare la procedura e di elaborare, a norma dell'art. 83 del regolamento del Parlamento europeo, una relazione specifica nell'ottica di votare in Aula una proposta motivata in cui si inviti il Consiglio ad agire ai sensi dell'articolo 7, par. 1, TUE».

Qualora la proposta motivata dovesse essere approvata dal Parlamento europeo, l'art. 7 TUE sarebbe formalmente applicato per la prima volta nella storia dell'Unione.

Nondimeno, come già accennato, la constatazione dell'esistenza della violazione dei valori di cui all'art. 2 necessita di una maggioranza ben diversa da quella del rischio della violazione stessa: ad oggi la regola dell'unanimità, nell'Europa a 28³⁸, costituisce un intralcio

nonché in conformità del TUE e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), nel 2016 il 91,54 % delle domande di asilo in Ungheria è stato respinto. Dal 2015 nuove leggi e procedure adottate in Ungheria in materia di asilo hanno costretto tutti i richiedenti a entrare nel paese attraverso una zona di transito presente sul territorio ungherese che consente l'accesso a un numero limitato di persone al giorno, al momento pari a 10. Le ONG hanno segnalato a più riprese che i migranti presenti alle frontiere del paese vengono subito costretti a ritornare in Serbia, a volte con trattamenti crudeli e violenti, senza tenere conto delle loro richieste di protezione; inoltre il governo ungherese non ha mantenuto i suoi obblighi di ridistribuire i richiedenti asilo a norma del diritto dell'UE. Il commissario del Consiglio d'Europa per i diritti umani ha dichiarato che, a causa delle ampie modifiche introdotte in Ungheria alla legge e alle pratiche in materia di asilo negli ultimi mesi, i richiedenti asilo che sono trasferiti nel paese corrono il grave rischio di essere sottoposti a violazioni dei diritti umani, facendo riferimento alle osservazioni scritte da lui presentate il 17 dicembre 2016 dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Da segnalare l'episodio che ha colpito 11 rifugiati, denominati "Röske 11", presenti il 16 settembre 2016, giorno successivo alla chiusura da parte dell'Ungheria delle frontiere con la Serbia, i quali sono stati accusati di commettere un atto terroristico e sono stati condannati a pene detentive, compreso Ahmed H., siriano residente a Cipro, condannato nel novembre 2016 a 10 anni di reclusione a seguito di un processo ingiusto, per il semplice fatto di aver utilizzato un megafono per ridurre le tensioni e di aver lanciato tre oggetti contro la polizia di frontiera. Gli sviluppi più recenti in Ungheria, in particolare la legge recante modifica di taluni atti relativi all'inasprimento delle procedure svolte nei settori della gestione delle frontiere e dell'asilo, hanno, infine, sollevato preoccupazioni in merito alla compatibilità di tali atti con il diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali. www.europarl.europa.eu.

³⁷ Per quanto riguarda il sistema universitario, ha destato preoccupazioni la recente legge recante modifiche all'istruzione superiore nazionale, che minaccia direttamente l'Università dell'Europa centrale di Budapest e che è stata ampiamente deplorata dal pubblico, come pure la proposta di legge sulla trasparenza delle organizzazioni che ricevono sostegno dall'estero (progetto di legge ungherese T/14967). www.europarl.europa.eu.

³⁸ Pur conscio della notifica della volontà di recedere del 29 mar-

apparentemente insuperabile.

D'altra parte, sarebbe del tutto inefficace inserire in materia una clausola passerella che permetterebbe di passare da un voto all'unanimità ad un voto a maggioranza qualificata³⁹ per l'adozione della sospensione, in quanto l'attivazione di questa clausola passerella dipende comunque da una decisione adottata all'unanimità dal Consiglio o dal Consiglio europeo, all'interno dei quali risiedono i rappresentanti politici dei Paesi membri eventualmente contrari alla decisione da adottare⁴⁰.

Bisognerà perciò attendere una nuova revisione dei Trattati, che dovrà coincidere con un momento di comunità d'intenti all'interno dell'Unione (vista l'unanimità anche qui necessaria), che permetta ai protagonisti della scena europea di cogliere gli spunti tratti dalla prassi (non solo per l'art. 7 TUE)⁴¹ e modificare, quantomeno, la regola dell'unanimità con quella di una maggioranza qualificata (come quella per la modifica o la revoca delle sanzioni già comminate, ai sensi degli artt. 238, par. 3, lett. *b* e 354 TFUE) o di una maggioranza molto rafforzata (ad esempio, i 4/5, la stessa richiesta per la constatazione del solo rischio di violazione), così da evitare che pochi Paesi membri possano tenere sotto scacco l'intero progetto europeista.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto osservato, sembra, dunque, che la soluzione più opportuna sia quella di inserire nei Trattati la nuova procedura di concertazione prevista dalla Comunicazione della Commissione del 2014 (braccio preventivo): dandole valore di normativa primaria, si potrebbe eliminare il passaggio del solo accertamento del rischio della violazione dei valori fondamentali e utilizzare la regola della maggioranza (qualificata o rafforzata) direttamente per la constatazione della violazione stessa (braccio correttivo), snel-

zo 2017, il recesso dall'Unione europea da parte del Regno Unito non è ancora stato portato a termine.

³⁹ Secondo quanto stabilito dai Trattati, dal 1 aprile 2017 per maggioranza qualificata si deve intendere almeno il 55% dei membri del Consiglio (ovvero, nell'Unione a 28, un minimo di quindici Stati), rappresentanti gli Stati membri che totalizzano almeno il 55% della popolazione dell'Unione (le due condizioni non sono alternative, bensì cumulative).

⁴⁰ Si potrebbe discutere se il principio del conflitto di interesse debba essere applicato anche nell'eventualità di un'attivazione di una clausola passerella, in vista dell'adozione di un ulteriore atto. Pur essendo una votazione che incide solamente a livello procedurale, le notevoli conseguenze che essa può comportare (come il passaggio dalla regola dell'unanimità alla maggioranza qualificata) ci impongono a ritenere, attraverso un ragionamento sistematico, applicabile anche in questo caso suddetto principio, escludendo così dalla votazione il Paese membro direttamente interessato alla futura decisione.

⁴¹ Si pensi alle diverse *lacunae legis* presenti all'interno dell'art. 50 TUE, in tema di recesso di un Paese membro dall'Unione, affiorate solamente dopo la vicenda *Brexit*, la prima ipotesi *configuranda* di recesso nella storia comunitaria.

lendo così una procedura che attualmente si avvicina a configurarsi come diabolica.

Il notevole allargamento dei confini dell'Unione, ad oggi, si rivela perciò il più grande ostacolo all'accelerazione e al compimento del processo d'integrazione europea. Ciononostante, se la sospensione dei diritti dovesse essere invece approvata, lo Stato interessato finirebbe per trovarsi in una posizione gravemente svantaggiosa.

Infatti, sebbene il par. 3 dell'art. 7 TUE si affretti a sottolinearne il carattere della temporaneità, specificando che «il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare – alleggerendo – o revocare le misure adottate per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione», la natura della sanzione appare indubbiamente nefasta per il Paese soggetto ad essa.

L'art. 7 TUE non prevede un'elencazione, né descrittiva, né tassativa, dei diritti potenzialmente sospesi, bensì utilizza una formula onnicomprensiva che non lascia margine di apprezzamento, facendo riferimento a tutti quelli derivanti dall'applicazione dei Trattati. Una piccola eccezione, però, è stata fatta in sede di stesura dell'articolo per «i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio»: usando il termine “compresi”, la norma intende evidenziare che la sospensione è in grado di essere così gravosa per il Paese condannato, da relegarlo ad una situazione di *regulation without representation*. Continuando «in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dai trattati» (*in primis*, la partecipazione al bilancio dell'Unione), lo Stato interessato, pur impossibilitato ad esprimere la propria volontà all'interno del Consiglio, organo di co-decisione legislativa, si troverebbe sottoposto a normative approvate e a politiche implementate nel corso della sospensione senza il suo consenso.

Nel tentativo di identificare gli altri diritti sospensibili ai danni del Paese membro sanzionato, non possono che prospettarsi le sanzioni di tipo economico: ragionando sistematicamente, del resto, il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità è già rintracciabile all'interno dei Trattati, precisamente all'esito finale di un procedimento d'infrazione (art. 260 TFUE).

Nell'ipotesi di cui all'art. 7 TUE, la sospensione economica potrebbe riferirsi, ad esempio, a (parte dei) fondi strutturali destinati dal bilancio europeo ai Paesi membri o alla possibilità di ottenere finanziamenti per progetti pubblici dalla BEI (Banca Europea per gli Investimenti).

Nondimeno, questa categoria di condanne colpisce solo indirettamente i cittadini dello Stato membro in questione. All'occorrenza, potrebbero profilarsi sanzioni che, invece, li colpiscono in maniera diretta. Si pensi, dunque, ai diritti che, agli artt. 20-24 TFUE,

la cittadinanza europea conferisce ad ogni cittadino di un Paese membro dell'UE: libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Paesi membri; diritto di tutela, da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, di un cittadino dell'Unione nel territorio di un Paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato; diritto di elettorato attivo e passivo, alle elezioni comunali e del Parlamento europeo, in uno Stato membro di cui non è cittadino, ma in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. O, ancora, al divieto per gli studenti di partecipare ad un Programma di studio all'estero (ad es., *Erasmus +*). Questa modalità d'intervento si prospetta, certamente, come un'*extrema ratio* alle resistenze del Paese condannato alla rimozione della minaccia allo Stato di diritto.

È fuor di dubbio che i Trattati stabiliscono un ordinamento giuridico nuovo il quale determina le procedure per far constatare e reprimere le eventuali violazioni. Per questo motivo, non rientra tra i principi dell'Unione quello dell'autotutela, né, tantomeno, gli Stati membri possono adottare contromisure implicanti la violazione di norme o principi fondamentali dell'Unione per indurre gli altri Stati al rispetto degli obblighi loro derivanti dai Trattati stessi, giacché la messa in atto del diritto dell'Unione da parte dei Paesi membri non può essere soggetta ad una condizione di reciprocità. Tuttavia, nulla vieta ai singoli Paesi membri di intervenire attraverso pressioni politiche o semplici misure di ritorsione economiche, preso atto anche della mancanza d'incisivi mezzi di coercizione a disposizione delle Istituzioni europee, nonostante la presenza dei relativi rimedi giudiziari⁴².

Invero, come si è già avuto modo di constatare, nulla è previsto per l'eventualità in cui le violazioni si protraggano ulteriormente, nonostante siano già state applicate le sanzioni di cui all'art. 7 TUE: l'assenza di qualsiasi strumento normativo, come la procedura di espulsione, dovuta anche alla complessità tecnica dell'operazione⁴³, rischia di rimettere all'infinito la risoluzione della controversia all'alternativa tra il compromesso diplomatico e lo spettro dei rapporti di forza.

Ecco così che, aumentando l'onerosità della sanzione, anche attraverso l'intervento dei singoli Stati nei limiti di quanto concesso, non resterebbe allo Stato interessato che adottare tutte le misure idonee affinché l'art. 2 TUE trovi nuovamente, da parte sua, rigorosa applicazione e pieno rispetto.

⁴² In questo senso STROZZI - MASTROIANNI, *Op. loc. ultt. citt.*, p. 268.

⁴³ L'eventuale espulsione di un Paese membro, infatti, richiederebbe l'unanimità dei consensi all'interno dell'Unione e si configurerebbe attraverso lo strumento della revisione dei Trattati, che richiede la ratifica di ogni Paese membro secondo quanto stabilito dalle proprie norme costituzionali interne. Sul punto v. art. 48 TUE.

La cittadinanza europea *leit motiv* del diritto a godere dei benefici sociali: esclusione di qualsiasi forma di discriminazione, soprattutto di quelle che mettono a rischio il progetto d'integrazione familiare europeo.

Nota a sentenza della Corte di Giustizia, 15 dicembre 2016, Seconda Sezione, Cause riunite C – 401/15 a C – 403/15, Noémie Depesme, Said Kerrou, Adrien Kauffmann, Maxime Lefort ct Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

abstract

Article 45 TFEU and Article 7(2) of Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union must be interpreted as meaning that a child of a frontier worker, who is able to benefit indirectly from the social advantages referred to in the latter provision, such as study finance granted by a Member State to the children of workers pursuing or who have pursued an activity in that Member State, means not only a child who has a child-parent relationship with that worker, but also a child of the spouse or registered partner of that worker, where that worker supports that child. The latter requirement is the result of a factual situation, which it is for the national authorities and, if appropriate, the national courts, to assess, and it is not necessary for them to determine the reasons for that contribution or make a precise estimation of its amount.

keywords

Freedom of movement of persons – Worker's rights – Equal treatment – Social advantages – Financial aid for the pursuit of higher education studies – Requirement of a parent-child relationship – Concept of 'child' – Child of a spouse or registered partner – Contribution towards the maintenance of that child.

abstract

L'articolo 45 TFUE e l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, vanno interpretati nel senso che deve intendersi per figlio di un lavoratore frontaliere che può beneficiare indirettamente dei vantaggi sociali di cui a quest'ultima disposizione,

quali il finanziamento degli studi concesso da uno Stato membro ai figli dei lavoratori che esercitano o hanno esercitato la propria attività in tale Stato, non solo il figlio che ha un legame di filiazione con il lavoratore in parola, ma altresì il figlio del coniuge o del partner registrato del lavoratore suddetto, laddove quest'ultimo provveda al mantenimento di tale figlio. Quest'ultimo requisito risulta da una situazione di fatto che spetta all'amministrazione e, se del caso, ai giudici nazionali, verificare senza che gli stessi siano tenuti a stabilire le ragioni di detto sostegno né a quantificarne l'entità in modo preciso.

parole chiave

Libera circolazione delle persone – Diritto dei lavoratori – Parità di trattamento – Vantaggi sociali – Sussidio economico per il compimento degli studi superiori – Requisito di filiazione – Nozione di "figlio" – Figlio del coniuge o del partner registrato – Contributo al mantenimento di tale figlio.

Requisito di filiazione – Vantaggi sociali – Parità di trattamento

Il legame di fatto, dato dalla convivenza e dal sostentamento economico da parte di un lavoratore nei confronti dei figli che acquisisce in seguito ad un'unione regolarmente registrata con la madre biologica degli stessi, costituisce il collante per un vincolo di unione familiare che consente loro di godere degli stessi benefici e delle stesse prerogative che spettano ai figli naturali, scongiurando il pericolo che si verifichino delle ingiuste discriminazioni.

Corte giust., 15/12/2016, Seconda Sezione, Cause riunite C – 401/15 a C – 403/15, Noémie Depesme, Said Kerrou, Adrien Kauffmann, Maxime Lefort ct

Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

(*omissis*)

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 Ai sensi dell'articolo 7 del regolamento (CEE) n.°1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU 1968, L 257, pag. 2):

«1. Il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato.

2. Egli gode degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali.

(...).

4 L'articolo 10 del regolamento n. 1612/68 così recitava:

«1. Hanno diritto di stabilirsi con il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro, qualunque sia la loro cittadinanza:

a) il coniuge ed i loro discendenti minori di anni 21 o a carico;

(...).

5 L'articolo 10 del regolamento n. 1612/68 è stato abrogato dalla direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU 2004, L 158, pag. 77, e rettifica in GU 2004, L 229, pag. 35).

6 I considerando 3 e 5 della direttiva 2004/38 così recitano:

«(3) La cittadinanza dell'Unione dovrebbe costituire lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri quando essi esercitano il loro diritto di libera circolazione e di soggiorno. È pertanto necessario codificare e rivedere gli strumenti comunitari esistenti che trattano separatamente di lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, studenti ed altre persone inattive al fine di semplificare e rafforzare il diritto di libera circolazione e soggiorno di tutti i cittadini dell'Unione.

(...)

(5) Il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere eser-

citato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza. Ai fini della presente direttiva, la definizione di "familiare" dovrebbe altresì includere il partner che ha contratto un'unione registrata, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio».

7 L'articolo 2 di detta direttiva così prevede:

«Ai fini della presente direttiva valgono le seguenti definizioni:

(...)

2) "familiare":

a) il coniuge;

b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;

c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);

(...)

(...).

8 Il regolamento n. 1612/68 è stato abrogato, con effetto a partire dal 16 giugno 2011, dal regolamento n. 492/2011. L'articolo 7 del regolamento n. 492/2011 ricalca il tenore dell'articolo 7 del regolamento n. 1612/68.

9 Il considerando 1 della direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori (GU 2014, L 128, pag. 8), è redatto nel seguente modo:

«La libera circolazione dei lavoratori è una delle libertà fondamentali dei cittadini dell'Unione nonché uno dei pilastri del mercato interno dell'Unione sancita dall'articolo 45 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Questo principio trova ulteriore applicazione nel diritto dell'Unione mirante a garantire il pieno esercizio dei diritti conferiti ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari. Il termine "loro familiari" dovrebbe avere lo stesso significato del termine definito all'articolo 2, punto 2, della direttiva [2004/38/CE], che si applica anche ai familiari di lavoratori frontalieri».

10 L'articolo 1 della suddetta direttiva così prevede:

«La presente direttiva stabilisce disposizioni che agevolano l'uniforme applicazione e attuazione pratica dei diritti conferiti dall'articolo 45 TFUE e dagli articoli da 1 a 10 del regolamento [n. 492/2011]. La presente direttiva si applica ai cittadini dell'Unione che esercitano tali diritti e ai loro familiari ("lavoratori dell'Unione e loro familiari")».

11 Ai sensi dell'articolo 2 della suddetta direttiva:

«1. La presente direttiva si applica alle materie seguenti, di cui agli articoli da 1 a 10 del regolamento [n. 492/2011], nel campo della libera circolazione dei lavoratori:

(...)

c) accesso ai vantaggi sociali e fiscali;

(...)

2. L'ambito di applicazione della presente direttiva è identico a quello del regolamento [n. 492/2011]».

Diritto lussemburghese

12 Il sussidio economico dello Stato per studi superiori era disciplinato, alla data dei fatti del procedimento principale, dalla legge del 22 giugno 2000, relativa al sussidio economico dello Stato per studi superiori (loi du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'État pour études supérieures; Mémorial A 2000, pag. 1106), come modificata dalla legge del 19 luglio 2013 (Mémorial A 2013, pag. 3214) (in prosieguo: la «legge del 22 giugno 2000 modificata»).

13 La legge del 19 luglio 2013, che è stata adottata per dare seguito alla sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a. (C-20/12, EU:C:2013:411), e che ha modificato la legge del 22 giugno solo per quanto riguarda l'anno accademico 2013/2014, ha inserito un articolo 2 bis in suddetta legge.

14 L'articolo 2 bis della legge del 22 giugno 2000 modificata era così formulato:

«Uno studente non residente nel Granducato di Lussemburgo può parimenti beneficiare del sussidio economico per studi superiori a condizione che egli sia figlio di un lavoratore subordinato o autonomo cittadino lussemburghese o cittadino dell'Unione europea o di un altro Stato aderente all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo [del 2 maggio 1992 (GU 1992. L 1, pag. 3)] o della Confederazione svizzera occupato o esercente la propria attività in Lussemburgo, e detto lavoratore sia stato occupato o abbia esercitato la propria attività in Lussemburgo per un periodo ininterrotto di almeno cinque anni al momento in cui lo studente presenta la domanda di sussidio economico per studi superiori. La durata dell'occupazione in Lussemburgo deve essere almeno pari alla metà della normale durata dell'orario di lavoro applicabile nell'impresa ai sensi della legge o, eventualmente, del contratto collettivo di lavoro in vigore. Il lavoratore autonomo deve essere iscritto obbligatoriamente e in maniera continua [alla previdenza sociale] del Granducato del Lussemburgo ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, del Codice della previdenza sociale durante i cinque anni precedenti la domanda di sussidio economico per studi superiori».

15 La legge del 22 giugno 2000 modificata, è stata abrogata dalla legge del 24 luglio 2014 concernente il sussidio economico dello Stato per studi superiori (loi du 24 juillet 2014 concernant l'aide financière de l'État pour études supérieures; Mémorial A 2014, pag. 2188).

16 L'articolo 3 della citata legge prevede quanto segue:

«Possono beneficiare del sussidio economico dello Stato per studi superiori gli studenti e gli allievi definiti all'articolo 2, indicati in prosieguo con il termine "lo studente", e che soddisfino una delle seguenti condizioni:

(...)

5) per gli studenti non residenti nel Granducato del Lussemburgo:

(...)

b) essere figlio di un lavoratore cittadino lussemburghese o cittadino dell'Unione europea o di un altro Stato aderente all'Accordo sullo Spazio economico europeo o della Confederazione elvetica che sia occupato o eserciti la propria attività nel Granducato del Lussemburgo al momento in cui lo studente presenta la domanda di sussidio economico per studi superiori, a condizione che il lavoratore in questione continui a contribuire al mantenimento dello studente e che sia stato occupato o abbia esercitato la propria attività nel Granducato del Lussemburgo per un periodo di almeno cinque anni al momento in cui lo studente presenta la domanda di sussidio economico per studi superiori durante un periodo di riferimento di sette anni da calcolarsi retroattivamente a decorrere dalla data della domanda di sussidio economico per studi superiori o che, in via di deroga, la persona che conserva lo status di lavoratore abbia soddisfatto il suindicato criterio dei cinque anni su sette al momento della cessazione dell'attività.

(...))».

Procedimenti principali e questione pregiudiziale

17 I procedimenti principali si riferiscono ai requisiti per la concessione da parte dello Stato lussemburghese, per l'anno accademico 2013/2014, dei sussidi economici agli studenti non residenti in Lussemburgo per il compimento degli studi superiori, previsti dalla legge del 22 giugno 2000 modificata.

18 Conformemente a detta legge, tali sussidi economici sono concessi agli studenti che non risiedono in Lussemburgo a condizione, da un lato, che essi siano figli di un lavoratore subordinato o autonomo, cittadino lussemburghese o cittadino dell'Unione, e dall'altro, che il lavoratore in questione sia stato occupato o abbia esercitato la propria attività in Lussemburgo per un periodo ininterrotto di almeno cinque anni al momento della domanda di sussidio.

19 È pacifico che la sig.ra Depesme e il sig. Kaufmann, cittadini francesi residenti in Francia, e il sig. Lefort, cittadino belga residente in Belgio, hanno richiesto alle autorità lussemburghesi, per l'anno accademico 2013/2014, un sussidio economico al fine di compiere studi superiori in Francia, per quanto riguarda i primi, e in Belgio, per il secondo.

20 Con lettere, rispettivamente, del 26 settembre, del 17 ottobre e del 12 novembre 2013 il ministro ha

respinto tali domande sulla base del rilievo che la sig.ra Depesme e i sigg. Kauffmann e Lefort non soddisfacevano i requisiti previsti dalla legge del 22 giugno 2000 modificata.

21 Dalle tre decisioni di rinvio emerge che gli studenti di cui trattasi hanno presentato, ciascuno, una domanda di sussidio facendo valere a tale proposito unicamente la qualità di lavoratore subordinato in Lussemburgo del loro padre acquisito. Il ministro ha pertanto considerato che la sig.ra Depesme e i sigg. Kauffmann e Lefort non potevano essere qualificati «figli» di un lavoratore frontaliero, conformemente al requisito di cui all'articolo 2 bis della legge del 22 giugno modificata, poiché solo i loro padri acquisiti lavoravano in Lussemburgo.

22 Il 20 dicembre 2013 la sig.ra Depesme ha proposto un ricorso dinanzi al tribunal administratif de Luxembourg (tribunale amministrativo di Lussemburgo) per chiedere l'annullamento della decisione di diniego che la riguardava. Il sig. Kerrou, suo padre acquisito, facendo valere la sua qualità di lavoratore dipendente in Lussemburgo e sostenendo di provvedere al mantenimento della sig.ra Depesme, è intervenuto volontariamente nella controversia da essa avviata.

23 Il 29 gennaio e il 25 aprile 2014 i sigg. Lefort e Kauffmann hanno presentato dinanzi a tale giudice, ciascuno, un ricorso analogo avverso le decisioni di diniego che li riguardavano.

24 Con sentenze del 5 gennaio 2015 il tribunal administratif de Luxembourg (tribunale amministrativo di Lussemburgo) ha dichiarato i ricorsi della sig.ra Depesme e del sig. Kerrou, nonché dei sigg. Kauffmann e Lefort ricevibili, ma non fondati.

25 La sig.ra Depesme e il sig. Kerrou, nonché i sigg. Kauffmann e Lefort hanno impugnato le suindicate sentenze dinanzi al giudice del rinvio.

26 La sig.ra Depesme e il sig. Kerrou sostengono segnatamente che quest'ultimo, lavoratore frontaliero in Lussemburgo da quattordici anni, il 24 maggio 2006, ha contratto matrimonio con la madre della sig.ra Depesme e che da quel momento, costituiscono tutti e tre una sola famiglia. Il sig. Kerrou contribuirebbe al mantenimento della figlia della propria coniuge, anche per quanto riguarda gli studi superiori e avrebbe percepito assegni familiari lussemburghesi per la figlia acquisita, prima che la stessa iniziasse gli studi superiori.

27 Il sig. Kauffmann adduce che i suoi genitori sono separati dal 2003 e hanno divorziato il 20 giugno 2005, e che l'affidamento dei figli è stato attribuito in via esclusiva alla madre. Indica che, il 10 marzo 2007, sua madre ha sposato il sig. Kiefer, lavoratore frontaliero in Lussemburgo, con il quale da tale momento il sig. Kauffmann condividerebbe la medesima abitazione. Il sig. Kiefer avrebbe provveduto al mantenimento e all'istruzione del sig. Kauffmann e avrebbe percepito assegni familiari lussemburghesi per quest'ultimo.

28 Il sig. Lefort fa presente che suo padre è deceduto e che sua madre si è risposata con il sig. Terwoigne, lavoratore frontaliero in Lussemburgo, da oltre cinque anni e che, dalla data di tale matrimonio, forma una famiglia con la madre e il padre acquisito. Il sig. Terwoigne contribuirebbe alle spese della famiglia e provvederebbe anche alle spese per gli studi superiori del sig. Lefort.

29 Lo Stato lussemburghese chiede, da parte sua, che siano confermate le decisioni del tribunal administratif (tribunale amministrativo) del 5 gennaio 2015 e fa valere che la sig.ra Depesme e i sigg. Kauffmann e Lefort non sono figli dei loro padri acquisiti nel senso giuridico del termine.

30 La Cour administrative (Corte amministrativa, Lussemburgo) sottolinea che il requisito della filiazione di cui all'articolo 2 bis della legge del 22 giugno modificata, è stato istituito per tenere conto della sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a. (C-20/12, EU:C:2013:411).

31 Secondo il giudice del rinvio, la soluzione delle tre controversie pendenti dinanzi ad esso dipende dall'interpretazione della nozione di «figlio» di un lavoratore frontaliero, ai sensi dell'articolo 2 bis della legge del 22 giugno modificata, in considerazione di tale sentenza e del rispetto del principio di non discriminazione previsto dall'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011. Detto giudice espone, infatti, che «il criterio rilevante enunciato da [tale sentenza] è quello del reale grado di collegamento di uno studente non residente, che richiede al Granducato di Lussemburgo un sussidio economico per studi superiori, con la società e il mercato del lavoro del Lussemburgo». Nell'ipotesi in cui siffatto collegamento provenga non direttamente dallo studente, sulla base del rilievo che lo stesso non è residente, ma dal lavoratore frontaliero di riferimento, esso s'interroga sul concetto, se con un'accezione strettamente giuridica oppure piuttosto in chiave economica, da considerare per quanto riguarda il legame di filiazione tra lo studente che richiede la concessione di un sussidio economico allo Stato per gli studi superiori e il lavoratore frontaliero. A suo avviso, entrambi i concetti sono in linea di principio ipotizzabili. Nell'ipotesi in cui la nozione di «figlio», ai sensi della legge del 22 giugno modificata, rinviasse a quella di figlio a carico, si porrebbe quindi la questione dell'eventuale incidenza dell'entità della presa a carico dello studente da parte del lavoratore frontaliero. La Cour administrative (Corte amministrativa) precisa che tale questione riguarda il confronto tra l'entità della presa in carico dello studente da parte del lavoratore frontaliero, da un lato, e dal suo o dai suoi genitori, dall'altro. In ultimo, esso s'interroga sulla portata dell'intensità del legame del lavoratore frontaliero con uno dei genitori dello studente.

32 In tale contesto, la Cour administrative (Corte amministrativa) ha deciso di sospendere il procedi-

mento e di sottoporre alla Corte la questione pregiudiziale seguente, redatta in termini identici nelle cause da C-401/15 a C-403/15, fatta salva un'aggiunta nella causa C-403/15, citata tra parentesi quadre:

«Al fine di soddisfare debitamente i requisiti di non discriminazione dettati dalle disposizioni dell'articolo 7, paragrafo 2, del [regolamento n. 492/2011], in combinato disposto con l'articolo 45, paragrafo 2, TFUE, [causa C-403/15: "tenendo presente l'articolo 33, paragrafo 1, della Carta, in combinato disposto, se del caso, con il suo articolo 7"]], nell'ambito della considerazione del reale grado di collegamento di uno studente non residente, che richiede un sussidio economico per studi superiori, con la società e il mercato del lavoro del Lussemburgo, Stato membro nel quale un lavoratore frontaliero è stato occupato o ha esercitato la sua attività alle condizioni di cui all'articolo 2 bis della [legge del 22 giugno 2000 modificata], in quanto conseguenza diretta della sentenza della Corte del 20 giugno 2013, [Giersch e a. (C-20/12, EU:C:2013:411)],

– se occorra qualificare la condizione posta a detto studente di essere il "figlio" del lavoratore frontaliero in parola come equivalente ad essere suo "discendente in linea diretta e in primo grado, la cui filiazione sia giuridicamente stabilita in rapporto al suo autore" ponendo l'accento sul legame di filiazione stabilito tra lo studente e il lavoratore frontaliero, che si presume sotteso al collegamento previsto, oppure

– se occorra porre l'accento sul fatto che il lavoratore frontaliero "continua a provvedere al mantenimento dello studente", senza che un legame giuridico di filiazione necessariamente lo unisca allo studente, segnatamente ravvisando un legame sufficiente nella comunione di vita, di natura tale da unirlo ad uno dei genitori dello studente rispetto al quale è giuridicamente stabilito un legame di filiazione.

In questa seconda ipotesi, se il contributo, ipoteticamente non obbligatorio, del lavoratore frontaliero, nel caso in cui esso non sia esclusivo, ma parallelo a quello di uno o dei genitori uniti da un legame giuridico di filiazione allo studente e tenuti pertanto in linea di principio ad un obbligo legale di mantenimento nei suoi confronti, debba rispondere a taluni criteri di entità».

Sulla questione pregiudiziale

33 Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 45 TFUE e l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011 debbano essere interpretati nel senso che per figlio di un lavoratore frontaliero che può beneficiare indirettamente dei vantaggi sociali di cui all'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011, quale il finanziamento degli studi concesso da un Stato membro ai figli dei lavoratori che esercitano o hanno esercitato la propria attività in detto Stato, occorra intendersi solo il figlio che ha un legame di filiazione con il lavoratore in pa-

rola o altresì il figlio del coniuge o del partner registrato del lavoratore suddetto. In quest'ultima ipotesi, il giudice del rinvio s'interroga, in sostanza, sull'incidenza della rilevanza dell'onere contributivo del lavoratore frontaliero al mantenimento di tale figlio sul suo diritto di percepire un sussidio economico per compiere studi superiori, come quello di cui al procedimento principale.

34 Va rilevato, in limine, che l'articolo 45, paragrafo 2, TFUE dispone che la libera circolazione dei lavoratori implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro (sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a., C-20/12, EU:C:2013:411, punto 34).

35 La Corte ha dichiarato che l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68, il cui testo è stato ripreso dall'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011, costituisce l'espressione particolare, nel campo specifico della concessione di vantaggi sociali, della regola della parità di trattamento sancita dall'articolo 45, paragrafo 2, TFUE e deve essere interpretato allo stesso modo di quest'ultima disposizione (v. sentenze del 23 febbraio 2016 Commissione/Spagna, C-205/04, non pubblicata, EU:C:2006:137, punto 15; dell'11 settembre 2007, Hendrix, C-287/05, EU:C:2007:494, punto 53, nonché del 20 giugno 2013, Giersch e a., C-20/12, EU:C:2013:411, punto 35).

36 A norma dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68 e dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011, il lavoratore cittadino di uno Stato membro gode, sul territorio degli altri Stati membri, degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali.

37 La Corte ha ripetutamente considerato, per quanto riguarda l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68, che tale disposizione opera a favore, indifferentemente, tanto dei lavoratori migranti residenti in uno Stato membro ospitante quanto dei lavoratori frontalieri i quali, pur esercitando attività di lavoro dipendente nello Stato membro medesimo, risiedono in un altro Stato membro (v. sentenze del 18 luglio 2007, Geven, C-213/05, C-213/05, EU:C:2007:438, punto 15, del 14 giugno 2012, Commissione/Paesì Bassi, C-542/09, EU:C:2012:346, punto 33; del 20 giugno 2013, Giersch e a., C-20/12, EU:C:2013:411, punto 37, e del 14 dicembre 2016, Bragança Linares Verruga e a., C-238/15, EU:C:2016:949 punto 39).

38 Inoltre, secondo costante giurisprudenza, un sussidio concesso per il mantenimento e la formazione, per il compimento di studi universitari sanciti da un titolo abilitante all'esercizio di un'attività professionale, costituisce un vantaggio sociale ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68 (sentenze del 20 giugno 2013, Giersch e a., C-20/12,

EU:C:2013:411, punto 38, e del 14 dicembre 2016, Bragança Linares Verruga e a., C-238/15, EU:C:2016:949 punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

39 La Corte ha del pari dichiarato che il finanziamento degli studi concesso da uno Stato membro ai figli dei lavoratori costituisce, per il lavoratore migrante, un vantaggio sociale ai sensi di detto articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68, quando questi continui a provvedere al mantenimento del figlio (sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a., C-20/12, EU:C:2013:411, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

40 Peraltro, ai sensi della giurisprudenza della Corte, i familiari del lavoratore migrante sono beneficiari indiretti della parità di trattamento riconosciuta a detto lavoratore dall'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68. Poiché la concessione del finanziamento degli studi al figlio di un lavoratore migrante costituisce, per il lavoratore migrante, un vantaggio sociale, tale figlio può, in prima persona, avvalersi di detta disposizione per ottenere tale finanziamento qualora, in forza del diritto nazionale, esso sia concesso direttamente allo studente (sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a., C-20/12, EU:C:2013:411, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

41 Nei procedimenti principali il giudice del rinvio è adito di alcuni ricorsi presentati da studenti non residenti in Lussemburgo, proposti in seguito al diniego dello Stato membro in parola di attribuire loro il sussidio economico per gli studi superiori. Tali studenti ritengono di poter beneficiare del menzionato sussidio sulla base del loro legame con un lavoratore frontaliero, il quale, pur non essendo il loro padre, è diventato il coniuge della madre dopo il divorzio dei loro genitori o, nel caso del sig. Lefort, dopo il decesso del padre di quest'ultimo.

42 Occorre, pertanto, esaminare se i termini «figlio di un lavoratore migrante», nel senso in cui essi sono usati nella giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1612/68, che è applicabile all'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011, e in particolare nella sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a. (C-20/12, EU:C:2013:411), ricomprendono i figli del coniuge o del partner riconosciuto dal diritto nazionale di tale lavoratore.

43 A tale proposito, va rilevato che l'articolo 10, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 1612/68, abrogato dalla direttiva 2004/38, prevedeva che il coniuge di un lavoratore cittadino di uno Stato membro «e i loro discendenti minori di ventuno anni o a carico» avevano il diritto di stabilirsi con il lavoratore sul territorio di un altro Stato membro, a prescindere dalla loro cittadinanza.

44 La Corte ha interpretato la succitata disposizione nel senso che il diritto di stabilirsi con tale lavoratore spetta tanto ai discendenti del lavoratore quanto a quelli del coniuge. Difatti, interpretare restrittivamente tale disposizione nel senso che unicamente i

figli in comune del lavoratore migrante e del coniuge avrebbero avuto il diritto di stabilirsi con i medesimi si porrebbe in contrasto con l'obiettivo del regolamento n. 1612/68 (v., in tal senso, sentenza del 17 settembre 2002, Baumbast e R, C-413/99, EU:C:2002:493, punto 57).

45 Inoltre, la Corte ha già avuto l'occasione di rilevare che i familiari di un lavoratore che beneficiano indirettamente della parità di trattamento riconosciuta ai lavoratori migranti dall'articolo 7 del regolamento n. 1612/68, erano i familiari di cui all'articolo 10 del regolamento n. 1613/68 (v., in tal senso, sentenza del 18 giugno 1987, Lebon, 316/85, EU:C:1987:302, punto 12).

46 Va constatato che l'articolo 10 del regolamento n. 1612/68 è stato abrogato dalla direttiva 2004/38, perché il legislatore dell'Unione ha inteso codificare, in un solo testo legislativo, il diritto al ricongiungimento familiare dei lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, studenti ed altre persone inattive al fine di semplificare e rafforzare tale diritto.

47 Nell'ambito di siffatta riforma, il legislatore ha ripreso, all'articolo 2, punto 2, lettera c), della menzionata direttiva, la nozione di «familiare», come definita dalla Corte a proposito del regolamento n. 1612/68, precisando che in essa vanno inclusi i discendenti diretti di tale cittadino di età inferiore a ventuno anni o a carico e «quelli del coniuge o del partner» riconosciuto dal diritto nazionale.

48 Come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 43 delle sue conclusioni, è in tale contesto giurisprudenziale e legislativo, esposto ai punti da 42 a 47 della presente sentenza, che sono da collocare la sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a. (C-20/12, EU:C:2013:411) e il termine «figlio» in essa utilizzato.

49 Risulta, quindi, che i termini «figlio di un lavoratore migrante», nel senso in cui essi sono usati nella giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1612/68, devono essere interpretati come comprensivi dei figli del coniuge di tale lavoratore o del suo partner riconosciuto dal diritto nazionale.

50 L'argomento del governo lussemburghese secondo il quale la direttiva 2004/38 verterebbe unicamente sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri e non sul diritto dei lavoratori frontalieri di beneficiare degli stessi vantaggi sociali dei lavoratori nazionali, previsto all'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011, non è idoneo a infirmare questa interpretazione.

51 Dall'evoluzione della legislazione dell'Unione evocata ai punti 46 e 47 della presente sentenza, e dalla circostanza che l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011 si è limitato a riprendere senza modifiche l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68, emerge infatti che i familiari che possono

beneficiare indirettamente della parità di trattamento ai sensi del regolamento n. 492/2011 sono i familiari ai sensi della direttiva 2004/38. Nessun elemento lascia supporre che il legislatore dell'Unione abbia voluto stabilire, per quanto riguarda i familiari, una distinzione netta fra i rispettivi ambiti di applicazione della direttiva 2004/38 e del regolamento n. 492/2011, secondo la quale i membri della famiglia di un cittadino dell'Unione ai sensi della direttiva 2004/38 non sarebbero necessariamente le stesse persone dei familiari di tale cittadino ove questi venga considerato nella sua qualità di lavoratore.

52 Peraltro, la circostanza che i termini «figlio di un lavoratore frontaliero», idoneo a beneficiare indirettamente del principio di parità sancito dall'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011, vadano interpretati alla luce della nozione di «familiare», come definita dalla giurisprudenza della Corte relativa al regolamento n. 1612/68 e ripresa in seguito dall'articolo 2 della direttiva 2004/38, è avvalorata dalla direttiva 2014/54, il cui termine di trasposizione è scaduto il 21 maggio 2016.

53 Infatti, dal considerando 1 della direttiva 2014/54, ai sensi del quale la libera circolazione dei lavoratori «trova ulteriore applicazione nel diritto dell'Unione mirante a garantire il pieno esercizio dei diritti conferiti ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari», deriva che l'espressione «“loro familiari”» dovrebbe avere lo stesso significato del termine definito all'articolo 2, punto 2, della direttiva [2004/38], che si applica anche ai familiari di lavoratori frontalieri».

54 Orbene, secondo l'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2014/54, il suo ambito di applicazione è identico a quello del regolamento n. 492/2011. Ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2014/54, l'oggetto della stessa consiste nell'agevolare l'uniforme applicazione e attuazione pratica dei diritti conferiti dall'articolo 45 TFUE e dagli articoli da 1 a 10 del regolamento n. 492/2011.

55 Purché rientrano nella definizione di «familiari», ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera c) della direttiva 2004/38, di un lavoratore frontaliero avente egli stesso legami sufficienti con la società dello Stato membro di accoglienza, risulta che i figli del coniuge o del partner riconosciuto da detto Stato membro di accoglienza di tale lavoratore frontaliero possono essere considerati come figli dello stesso al fine di poter beneficiare del diritto di percepire un sussidio economico per il compimento dei loro studi superiori considerato come un vantaggio sociale ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011.

56 Il giudice del rinvio s'interroga altresì, in sostanza, sull'incidenza della rilevanza della partecipazione del lavoratore frontaliero al mantenimento del figlio del coniuge sul diritto di tale figlio di percepire un sussidio economico, come quello di cui al procedimento principale.

57 A tale proposito, emerge dalla giurisprudenza rammentata al punto 39 della presente sentenza, che è nell'ipotesi in cui il lavoratore migrante continui a provvedere al mantenimento del figlio che il finanziamento degli studi concesso da uno Stato membro a detto figlio costituisce per il lavoratore un vantaggio sociale ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 1612/68. Va, inoltre, rilevato che l'articolo 10, del regolamento n. 1612/68, abrogato dalla direttiva 2004/38, prevedeva che avevano il diritto di stabilirsi con il lavoratore sul territorio di un altro Stato membro, a prescindere dalla loro cittadinanza, «il coniuge e i loro discendenti minori di ventuno anni o a carico». Con la direttiva 2004/38 il legislatore dell'Unione considera altresì che devono essere considerati «familiari» ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera c), della stessa, i «i discendenti diretti [del cittadino dell'Unione] di età inferiore a ventuno anni o a carico e quelli del coniuge o del partner [riconosciuto]».

58 La Corte ha dichiarato che la qualità di familiare a carico, ai sensi dell'articolo 10 del regolamento n. 1612/68, non presuppone un diritto agli alimenti. Se così fosse, il ricongiungimento delle famiglie previsto da tali disposizioni verrebbe a dipendere dalle normative nazionali, che cambiano da uno Stato all'altro, il che condurrebbe ad un'applicazione non uniforme del diritto dell'Unione. La Corte ha quindi interpretato l'articolo 10, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1612/68 nel senso che la qualità di familiare a carico risulta da una situazione di fatto. Si tratta di un familiare il cui sostegno è fornito dal lavoratore, senza che sia necessario determinarne i motivi, né chiedersi se l'interessato sia in grado di provvedere a se stesso esercitando un'attività retribuita. Tale interpretazione è imposta dal principio secondo il quale le disposizioni che sanciscono la libera circolazione dei lavoratori, che costituisce uno dei fondamenti dell'Unione, devono essere interpretate estensivamente (v., in tal senso, sentenza del 18 giugno 1987, Lebon, 316/85, EU:C:1987:302, punti da 21 a 23).

59 Orbene, come ha constatato l'avvocato generale al paragrafo 67 delle sue conclusioni, un'interpretazione del genere si applica anche qualora si tratti della partecipazione di un lavoratore frontaliero al mantenimento dei figli del coniuge o del suo partner riconosciuto.

60 Si deve, quindi, considerare nella presente fattispecie, che la qualità di familiare a carico risulta da una situazione di fatto che spetta allo Stato membro e, se del caso, ai giudici nazionali, valutare. La qualità di familiare di un lavoratore frontaliero che è a carico di quest'ultimo può quindi risultare, allorché riguarda la situazione del figlio del coniuge o del partner riconosciuto di tale lavoratore, da elementi oggettivi come la sussistenza di un domicilio comune tra il lavoratore e lo studente, senza che sia necessario determinare le ragioni della partecipazione del lavoratore frontaliero

al mantenimento dello studente, né di quantificarne la precisa entità.

61 Il governo lussemburghese, tuttavia, fa valere che sarebbe difficile richiedere all'amministrazione competente che essa verifichi, in ciascun caso, se e in che misura il lavoratore frontaliero, padre acquisito di un figlio che richiede la concessione del sussidio economico di cui ai procedimenti principali, contribuisca al mantenimento di tale studente.

62 Orbene, occorre constatare, da un lato che il legislatore dell'Unione considera che si presume che i figli siano, in ogni caso, a carico fino al compimento del ventunesimo anno di età, come risulta in particolare dall'articolo 2, punto 2, lettera c), della direttiva 2004/38.

63 Dall'altro lato, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta che il legislatore lussemburghese stesso ha subordinato la concessione del sussidio economico dello Stato per gli studi superiori, in applicazione dell'articolo 3 della legge del 24 luglio 2014, applicabile dall'anno accademico 2014/2015, al requisito che il lavoratore «continui a contribuire al mantenimento dello studente». Il governo lussemburghese non può, quindi, validamente sostenere che un requisito di partecipazione al mantenimento dello studente non può essere verificato dall'amministrazione.

64 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 45 TFUE e l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011 vanno interpretati nel senso che deve intendersi per figlio di un lavoratore frontaliero che può beneficiare indirettamente dei vantaggi sociali di cui a quest'ultima disposizione, quali il finanziamento degli studi concesso da uno Stato membro ai figli dei lavoratori che esercitano o hanno esercitato la propria attività in tale Stato, non solo il figlio che ha un legame di filiazione con il lavoratore in parola, ma altresì il figlio del coniuge o del partner registrato del lavoratore suddetto, laddove quest'ultimo provveda al mantenimento di tale figlio. Quest'ultimo requisito risulta da una situazione di fatto, che spetta all'amministrazione e, se del caso, ai giudici nazionali, verificare senza che gli stessi siano tenuti a stabilire le ragioni di detto sostegno né a quantificarne l'entità in modo preciso.

Sulle spese

65 Nei confronti delle parti nei procedimenti principali 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 45 TFUE e l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla

libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, vanno interpretati nel senso che deve intendersi per figlio di un lavoratore frontaliero che può beneficiare indirettamente dei vantaggi sociali di cui a quest'ultima disposizione, quali il finanziamento degli studi concesso da uno Stato membro ai figli dei lavoratori che esercitano o hanno esercitato la propria attività in tale Stato, non solo il figlio che ha un legame di filiazione con il lavoratore in parola, ma altresì il figlio del coniuge o del partner registrato del lavoratore suddetto, laddove quest'ultimo provveda al mantenimento di tale figlio. Quest'ultimo requisito risulta da una situazione di fatto che spetta all'amministrazione e, se del caso, ai giudici nazionali, verificare senza che gli stessi siano tenuti a stabilire le ragioni di detto sostegno né a quantificarne l'entità in modo preciso.

*** Nota a sentenza (in breve)

sommario

Introduzione. – 1. Esame del contesto normativo. – 2. Fattispecie concreta sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia. – 3. Natura del vantaggio economico. – 4. Riflessioni conclusive.

Introduzione

La pronuncia della Corte di Giustizia europea, passata in rassegna oggi, offre lo spunto per elaborare una riflessione fluente su tematiche di considerevole interesse. La si può ritenere come il punto focale in cui si ricongiungono, intersecandosi tra loro, temi di estremo vigore, quali ad esempio quello della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione e il godimento, da parte degli stessi, di quei vantaggi sociali che gli spettano in quanto "cittadini europei". L'intervento della Corte è propedeutico alla comprensione del nuovo concetto di "famiglia" e di "familiari" che va propagandosi nel contesto europeo: il riconoscimento ai "figli acquisiti" del diritto di godere, indirettamente, dei benefici sociali concessi al genitore non congenito – in quanto lavoratore frontaliero e cittadino dell'unione – al pari dei figli naturali, è l'emblema del superamento del vincolo sanguigno quale elemento rivelatore di un legame familiare. Conta la condizione di fatto che genitore – figlio vivono: il legame sostanziale esistente fra loro, a seguito dell'unione registrata del padre acquisito con la madre biologica, consente di superare gli ormai obsoleti e rigidi formalismi che non rispecchiano più una realtà costituita da una moltitudine indefinita di "famiglie allargate". Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale la Corte, per risolvere la questione che le viene sottoposta, ricorre all'art. 45 TFUE e all'art 7, paragrafo 2 del regolamento (UE) n°492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, datato 05 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori, dandone un'interpretazione estensiva che ben si adegua al caso di specie. È opportuno quin-

di soffermarsi, per prima cosa, sulla portata normativa di dette disposizioni.

1. Esame del contesto normativo

L'art. 45 del TFUE garantisce un principio generale di libertà di circolazione dei lavoratori degli Stati membri all'interno dell'Unione, implicando con esso l'abolizione di qualsiasi forma di discriminazione che sia fondata sulla nazionalità, riguardante l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. "E' una disposizione che spiega, nella sua integralità, efficacia diretta: essa cioè conferisce al lavoratore e al datore di lavoro un diritto soggettivo, che può essere fatto valere davanti ai tribunali ed alle autorità amministrative nazionali. Secondo una giurisprudenza costante della corte di giustizia, infatti, i principi contenuti in questo articolo comportano come obbligo preciso la non necessità di avere l'emanazione di un ulteriore provvedimento da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri e che non lascia a questi ultimi alcuna discrezionalità nella sua attuazione"¹. Gli Stati membri sono tenuti ad adottare delle norme utili a vietare discriminazioni dirette ed indirette.

A grandi linee, l'espressione di questa libertà di circolazione dei lavoratori trova un terreno fertile di espansione nell'ideazione dello status di cittadino dell'Unione – avvenuta con il Trattato di Maastricht – che garantisce senz'altro dei considerevoli vantaggi. Si tratta di un riconoscimento di matrice politica, che in dottrina viene descritto come «il diritto alla libera circolazione delle persone» che «viene riconosciuto a prescindere dalla condizione economica di lavoratori, cioè dallo svolgimento di un'attività lavorativa essendo invece collegato ad uno status di carattere politico»². È chiaro che il riconoscimento della cittadinanza europea porta con sé tutta una serie di conseguenze giuridiche, economiche e sociali; si tratta di uno *status* di cittadino europeo che nasce, sin dalla sua forma embrionale, dall'esigenza di garantire a quei soggetti economicamente attivi, che necessitano di transitare liberamente, il riconoscimento dei fondamentali diritti in tutto il territorio dell'Unione.

Nel corso del tempo la giurisprudenza della Corte di giustizia si è orientata nel senso di ricavare dal riconoscimento di questo *status* di cittadino europeo un nucleo di diritti essenziali che possano essere fatti valere anche nei confronti del proprio Stato di origine, e ciò costituisce un innegabile valore aggiunto per i cittadini europei.

L'Unione europea, al fine di dare un'attuazione concreta al principio di libertà di circolazione dei lavoratori, ha adottato tutta una serie di provvedimenti: primo fra tutti e, forse, uno dei più importanti, è senz'altro il "vecchio" regolamento del Parlamento UE

e del Consiglio, n°1612/68 riguardante l'accesso al lavoro e il trattamento dei lavoratori migranti, con cui per la prima volta si è riconosciuto a tutti i cittadini degli Stati membri il diritto di accedere ad un lavoro subordinato e di esercitarlo sul territorio di qualsiasi Stato europeo. Inoltre, esso ha prescritto "l'eliminazione delle norme e delle pratiche nazionali discriminatorie, stabilendo la parità di trattamento nell'esercizio dell'attività lavorativa e in tutte le condizioni di vita e di lavoro per il lavoratore cittadino di un altro Stato membro e la propria famiglia in materia di retribuzione, vantaggi sociali e fiscali, diritti sindacali, formazione professionale, istruzione generale e professione per i figli del lavoratore"³.

A tale regolamento sono seguite molteplici direttive con la finalità di completare la disciplina riguardante questa materia fino a giungere alla più recente ed importante, data la sua ineccepibile completezza: la direttiva 2004/38/CE la quale, dando una definizione concettuale del termine "familiare", inquadra la struttura di famiglia via via affermatasi in Europa. Più volte richiamata, anche nel contesto della sentenza di cui si procede in commento, è stata emanata con l'intento di dare definizione a quel complesso di diritti dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari legati alla circolazione ed al soggiorno degli stessi nel territorio degli Stati membri ed ha abrogato sia il predetto vecchio regolamento 1612/68 (che all'art. 10 statuiva il diritto del lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro, di stabilirsi insieme con i propri *familiari*, indipendentemente dalla loro cittadinanza, sul nuovo territorio, intendendo per familiari "...il coniuge ed i loro discendenti minori di 21 anni") sia le direttive 64/221/CE e 68/360/CEE, statuendo con assoluta certezza il concetto di "familiare" di un cittadino dell'Unione, con l'intento di dare ad esso una definizione più ampia e di eliminare ogni possibile dubbio dai connotati discriminatori.

L'art. 2, punto 2, della stessa, difatti definisce familiare:

a) il coniuge;

b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;

c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);
(...)

È palese quanto ciò sia espressione di approvazione e promozione del processo di integrazione familiare europea.

¹ Cfr. U. TRAIETTA - N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea*.

² Cfr. L. GALATINO, *Diritto del lavoro comunitario*.

³ Cfr. P. GARGIULO, *La cittadinanza sociale europea*, p. 27 ss., Università degli studi di Udine.

Ispiratasi a questo contesto normativo la Corte ha potuto pronunciarsi assumendo una posizione di chiara propensione al supporto del lavoro svolto dall'Unione.

Tornando al processo di legificazione in materia di libertà di circolazione dei lavoratori, rilevante è l'emanazione del regolamento n° 492/2011, richiamato dalla Corte nella pronuncia ad oggetto, che riprende in parte quanto già affermato nel precedente regolamento n. 1612/68, mutandone gli effetti. L'art. 7, paragrafo 2 di tale regolamento sancisce «il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali». Si tratta di un principio altamente significativo e gli effetti da esso sortiti indirizzano la Corte verso una soluzione brillante ed equa.

È il caso di dire che il lavoro della Corte è facilitato dallo spianamento di una strada lineare percorsa dall'Unione, che, con la sua opera di legificazione, si è sì impegnata a costruire un mercato unico interamente proteso alla realizzazione di una realtà economica unificata, ma senza, dimenticare che il suo principale attore, il lavoratore, è parte di una realtà familiare che ha necessità di essere integrata con lo svolgimento della sua attività lavorativa. A tal proposito risulta condivisibile la seguente affermazione dottrinale «il diritto di accesso e di soggiorno nello Stato di accoglienza per la famiglia del lavoratore, in presenza del legame familiare e della dipendenza economica del lavoratore, ha come obiettivo primario quello di preservare il nucleo familiare e favorirne l'integrazione sociale. Appare evidente, tuttavia che la garanzia di tale diritto è strettamente funzionale alla promozione della mobilità del lavoratore, senza la quale quest'ultimo potrebbe essere indotto a non lasciare lo Stato membro di cui è cittadino»⁴. Quanto appena detto vuol dire che in fondo l'Unione ha solo fatto ciò che non avrebbe potuto di certo evitare: estendere la libertà di circolazione e di soggiorno alla famiglia del lavoratore frontaliero per poter ottenere la realizzazione dell'obiettivo primario d'integrare e soddisfare i bisogni dell'economia degli Stati europei.

La recentissima direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014 inerente le misure da adottare per agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nell'ambito della libera circolazione nell'Unione, al considerando 1) ribadisce l'esigenza di dover interpretare il termine familiare nello stesso senso previsto dalla direttiva 2004/38/CE, estendendo tale concetto anche «ai familiari dei lavoratori frontalieri», e quindi soffermando ancora una volta l'attenzione sul connubio, oramai innegabile, lavoratore – famiglia.

⁴ Cfr. E. TREGGIANI, *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, p. 45 ss.

2. Fattispecie concreta sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia

Il contesto fattuale che ha dato luogo alla pronuncia della Corte è il seguente:

La sig.na Depesme pur vivendo nella regione francese della Lorena, a Mont-Saint-Martin, per iscriversi al primo anno della facoltà di medicina all'Université de Lorraine a Nancy in Francia, ha richiesto al Granducato del Lussemburgo di ottenere il sussidio economico stanziato dallo stesso, in forza del suo legame familiare con il nuovo marito della madre biologica, il sig. Kerrou, lavoratore frontaliero in Lussemburgo. Allo stesso modo, il sig. Kauffmann residente in Francia nella medesima regione della sig.na Depesme, per i propri studi di diritto ed economia all'Université de Lorraine, chiede allo Stato del Lussemburgo di ottenere il sussidio economico che gli spetterebbe dato il proprio legame di filiazione acquisita con il sig. Patrick Kiefer, anch'egli lavoratore frontaliero nel Granducato. E ancora, il sig. Lefort è figlio acquisito del sig. Terwoigne, lavoratore frontaliero in Lussemburgo sposato con sua madre biologica. Vivendo con essi il sig. Lefort richiede il sussidio economico agli studi per portare avanti il percorso iniziato all'Université catholique de Louvain a Louvain-la-Neuve in Belgio. Tutte e tre le richieste sono state rispettivamente respinte dal «ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche» del Granducato (Ministro dell'Istruzione superiore e della Ricerca), con distinte lettere datate 26 settembre, 17 ottobre e 12 novembre 2013, lamentando l'assenza di requisiti fondamentali richiesti per l'erogazione del sussidio.

Dalle motivazioni del diniego espresse emerge una problematica riconducibile più ad un punto di vista economico che giuridico: le richieste provengono da soggetti che giuridicamente sono qualificati «figli acquisiti» del lavoratore frontaliero ma, che, da un punto di vista economico, proprio in virtù della mancanza di un legame sanguigno, si ritiene siano carenti della legittimazione ad agire per godere del suddetto vantaggio economico. Gli studenti, ritenendo il rigetto della loro richiesta ingiustificato ed ingiusto, lo hanno impugnato, adendo, autonomamente fra loro, il tribunale amministrativo del Lussemburgo, per ottenerne l'annullamento. Il Giudice Amministrativo ha dichiarato gli stessi ricorsi «ricevibili ma non fondati», ed ha sollevato una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia europea che si è pronunciata con una sentenza chiara e puntuale.

Le fattispecie fattuali dinanzi alla Corte, si presentano analogamente intrinseche nel loro aspetto più significativo: raccontano di un contesto familiare in cui gli studenti richiedenti il beneficio e respinti, pur non vivendo in Lussemburgo, e pur non essendo legati ai lavoratori frontalieri da un vincolo di sangue, risultano avere con gli stessi un legame di fatto, in quanto, per prima cosa, i lavoratori risultano regolarmente uniti in

matrimonio con la loro madre biologica, ed in secondo luogo contribuiscono materialmente al loro sostentamento economico. Quest'ultimo aspetto non può essere ignorato né dalla legge né dal tribunale, e risulta l'elemento chiave per valutare l'apertura operata dalla Corte nei confronti di tali casistiche.

L'analisi di ciascun singolo caso configura, infatti, sin da subito, un'innegabile discriminazione operata dal Ministero nel negare la concessione del sussidio, che ha concretizzato un contrasto con lo spirito di integrazione familiare che l'Unione europea ha inteso favorire nel corso degli anni con una vera e propria azione di "legificazione" comunitaria propugnante, al fine di migliorare, di volta in volta, gli aspetti riguardanti la circolazione dei lavoratori nell'Unione insieme alle proprie famiglie.

Ora è necessario ragionare in questo senso: se è vero, in base a quanto emerge da un coerente orientamento della Corte di Giustizia espresso in numerosissime sentenze, che «lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico» allora non si può non ritenere che ciò avvenga anche nel godimento dei benefici sociali concessi nell'ambito di uno Stato membro ai suoi cittadini e a chi in esso, in quanto cittadino europeo, eserciti la propria attività lavorativa.

Il caso *Chen*⁵ trattato dalla Corte ci insegna che la cittadinanza europea conferisce, talvolta, diritti inalienabili che gli Stati obbligatoriamente devono rispettare senza ostacolarne il godimento ai loro titolari. Chen era figlia di cittadini cinesi che lavoravano e vivevano nel Regno Unito. Nata a Belfast, aveva acquistato automaticamente alla nascita la cittadinanza irlandese, ciò spinse la madre a richiedere un permesso di soggiorno permanente nell'allora Stato membro dell'Unione. Questa richiesta fu negata dall'ufficio competente, scatenando così la reazione dell'Immigration Appellate Authority che richiese l'intervento in via pregiudiziale della Corte. Ebbene proprio in tale circostanza la giurisprudenza europea stabilì che la cittadinanza europea acquisita dalla piccola Chen le consentiva di risiedere in qualsiasi paese dell'UE, di riflesso negare ai suoi genitori la facoltà di fare lo stesso fino a che la minore non fosse stata autosufficiente sarebbe stato fortemente in contrasto con il diritto fondamentale della piccola a godere delle prerogative riconosciutele in quanto cittadina europea e per giunta avrebbe calpestato il diritto al ricongiungimento familiare, di cui, come si è avuto modo di vedere, l'Unione si è preoccupata ampiamente.

Riassumendo: il riconoscimento della cittadinanza europea che consente tra le tante libertà quella dei lavoratori di circolare liberamente sarà anche stato concesso in via primaria allo scopo prettamente economico di favorire lo sviluppo del mercato unico, ma non deve precludere in alcun modo le esigenze dettate dallo status di "familiare" del lavoratore stesso. Un diverso atteggiamento contrasterebbe con quanto fatto fino ad ora dall'Unione stessa che si è impegnata a porre in essere «un sistema giuridico attento alla tutela del ricongiungimento familiare tra cittadini dell'Unione e propri familiari aventi cittadinanza in Paesi terzi»; la giurisprudenza europea ha ben pensato, infatti, nelle sue pronunce di questi ultimi decenni, di «individuare elementi che rendessero sempre più effettivo il godimento dei diritti legati allo status di cittadino dell'Unione»⁶.

3. Natura del vantaggio economico

Le conclusioni dell'Avvocato Generale ripercorrendo la cronistoria delle vicende oggetto del contenzioso, descrivono opportunamente la natura del vantaggio sociale di cui si discute e di cui risulta adeguato in questa fase finale darne contezza: tutto ha inizio con lo Stato del Lussemburgo che il 22 giugno 2000 emana una legge statuente l'erogazione di un beneficio economico a favore degli studenti delle scuole superiori, con la finalità di incentivare e promuovere la cultura e l'istruzione degli adolescenti residenti nel Paese membro dell'Unione. Poiché tale legge, nel suo disegno iniziale, imponeva un requisito di residenza, la Corte di Giustizia fu chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale, dal Tribunal administratif du Grand – Duché de Luxembourg (Tribunale amministrativo del Lussemburgo), sulla compatibilità dello stesso con il diritto dell'Unione al fine di escluderne il carattere discriminatorio. Il 20 giugno 2013, ammettendone i giudici europei tale portata ingiustamente selettiva, il Governo del Granducato intervenne per apportare modifiche alla legge nazionale sopra menzionata, e nel luglio dello stesso anno inserì – con decorrenza dall'anno accademico 2013/2014 – un nuovo articolo, il 2 bis, il quale, dando seguito all'intervento giurisprudenziale promosso, sanciva che:

«Uno studente non residente nel Granducato di Lussemburgo può parimenti beneficiare del sussidio economico per studi superiori a condizione che egli sia figlio di un lavoratore subordinato o autonomo cittadino lussemburghese o cittadino dell'Unione europea o di un altro Stato aderente all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo [del 2 maggio 1992 (GU 1992. L 1, pag. 3)] o della Confederazione svizzera occupato o esercente la propria attività in Lussemburgo, e detto lavoratore sia stato occupato o abbia eser-

⁵ Cfr. Corte giust., 19 ottobre 2004, *Zhu & Chen c. Secretary of State for the Home Department*, casua C-200,02, Racc. I-09925.

⁶ Cfr. L. VALENTINO, *Il diritto al ricongiungimento familiare tra esigenze degli Stati membri e principi dell'UE*.

citato la propria attività in Lussemburgo per un periodo ininterrotto di almeno cinque anni al momento in cui lo studente presenta la domanda di sussidio economico per studi superiori. La durata dell'occupazione in Lussemburgo deve essere almeno pari alla metà della normale durata dell'orario di lavoro applicabile nell'impresa ai sensi della legge o, eventualmente, del contratto collettivo di lavoro in vigore. Il lavoratore autonomo deve essere iscritto obbligatoriamente e in maniera continua [alla previdenza sociale] del Granducato del Lussemburgo ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, del Codice della previdenza sociale durante i cinque anni precedenti la domanda di sussidio economico per studi superiori».

Successivamente, il 24 luglio 2014, viene emanata la nuova normativa concernente il sussidio economico dello Stato per gli studi superiori, abrogante la legge precedente, e all'articolo 3, tra requisiti imposti ne indica uno specifico per gli studenti non residenti in Lussemburgo che intendano beneficiare di tale sussidio: «essere figlio di un lavoratore cittadino lussemburghese o cittadino dell'Unione europea o di un altro Stato aderente all'Accordo sullo Spazio economico europeo o della Confederazione elvetica che sia occupato o eserciti la propria attività nel Granducato del Lussemburgo al momento in cui lo studente presenta la domanda di sussidio economico per studi superiori durante un periodo di riferimento di sette anni da calcolarsi retroattivamente a decorrere dalla data della domanda di sussidio economico per studi superiori o che, in via di deroga, la persona che conserva lo status di lavoratore abbia soddisfatto il suindicato criterio dei cinque anni su sette al momento della cessazione dell'attività».

4. Riflessioni conclusive

Scongiurato quindi, con la pronuncia della Corte del giugno 2013 e successiva modifica da parte del Granducato della legge nel mese successivo, il pericolo di una discriminazione dovuta all'imposizione di un vincolo residenziale, il problema si pone nuovamente con i casi *Depesme, Kerrou, Kauffmann e Lefort*, questa volta però riguardo, come si è avuto modo di capire, all'accezione giuridica ed economica che si dà al termine "figlio".

L'art. 45 TFUE e l'art. 7, paragrafo 2, del regolamento 492/2011 costituiscono il quadro normativo che ha ispirato il ragionamento dei giudici europei, invitati dai giudici del rinvio a pronunciarsi riguardo alla questione che il legame di fatto esistente tra i ricorrenti, non residenti in Lussemburgo, ed il genitore acquisito, pur non essendo un legame giuridico – in chiave economica inteso come onere contributivo del lavoratore frontaliero al mantenimento di tale figlio – possa di fatto configurare il diritto a beneficiare del sussidio richiesto, in virtù dell'interpretazione di tutte le norme sopra richiamate.

La Corte ha spiegato, nella sua pronuncia, che l'art. 7, paragrafo 2, del regolamento 1612/68 così come ripreso dall'art. 7, paragrafo 2, del regolamento 492/2011, è la concretizzazione fattuale del principio di parità di trattamento imposto dall'art. 45, paragrafo 2, TFUE. Di conseguenza, l'interpretazione di suddette norme dovrebbe condurre al riconoscimento dei vantaggi sociali e fiscali a tutti i lavoratori cittadini dell'Unione europea, compresi i frontalieri. Vi è più: la Corte ha chiarito espressamente che il sussidio economico per gli studi superiori è un vantaggio sociale a tutti gli effetti, al pari delle borse di studio concesse agli studenti universitari, tale per cui deve essere elargito ai figli che risultano essere a carico del lavoratore migrante, senza adoperare un'esplicita esclusione dei figli acquisiti. I giudici del rinvio si erano posti il problema di capire se quello tra lo studente che richiedesse la concessione di un sussidio economico allo Stato per gli studi superiori e il padre acquisito – lavoratore frontaliero – si dovesse considerare un autentico legame di filiazione che qualifica il figlio acquisito come discendente in linea diretta ed in primo grado, di modo che ciò potesse dar seguito al diritto di godimento del beneficio, oppure se bisognasse considerare che, pur non essendoci un legame giuridico di filiazione vero e proprio, che unisse il lavoratore allo studente, dovesse farsi semplicemente leva sulla condizione di fatto del "padre" che sostiene economicamente lo studente richiedente.

Per la Corte, i familiari di un lavoratore migrante beneficiano indirettamente della parità di trattamento riconosciuta allo stesso. Pertanto l'art. 10 del regolamento 1612/68 deve essere interpretato estensivamente, riconoscendo il diritto di stabilirsi con il lavoratore non solo ai discendenti dello stesso ma anche ai figli del coniuge.

Il citato regolamento, come si è avuto modo di dire già in precedenza, è stato abrogato dalla direttiva 2004/38, emanata dall'Unione al solo fine di rafforzare la tutela e di inserirla in unico testo legislativo. Infatti il successivo regolamento 492/2011 riprende totalmente il testo dell'art 7 paragrafo 2 del regolamento 1612/68. Questo dimostra come l'Unione nei suoi progressivi interventi legislativi ha dimostrato di mantenere con coerenza la strada intrapresa. Nella più recente direttiva 2014/54 – la quale ha lo stesso ambito di applicazione del regolamento 492/2011 – il termine familiari è inteso nello stesso senso in cui era specificato nella direttiva 2004/38.

Il governo lussemburghese ha tentato di giustificare le proprie perplessità a concedere il sussidio economico agli studenti – figli acquisiti di lavoratori frontalieri in Lussemburgo affermando che la direttiva 2004/38 si riferirebbe unicamente al diritto dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio europeo e non sul diritto dei lavoratori di beneficiare dei vantaggi sociali e fiscali imposti dalla nazione.

La Corte di Giustizia in questa pronuncia assume un posizione chiara ed inequivocabile. Il diritto di beneficiare del sussidio economico per gli studenti non residenti in Lussemburgo ma aventi un legame con un lavoratore frontaliero nel suddetto Stato membro, deve essere riconosciuto in virtù delle normative europee che interpretate estensivamente attribuiscono al termine figlio un'accezione ampia che ricomprende non solo i discendenti in linea diretta del lavoratore ma anche i figli del coniuge con cui il lavoratore abbia contratto un'unione regolarmente registrata in uno Stato membro dell'Unione europea. Hanno diritto a godere del sussidio economico per gli studi superiori i figli fino al 21° anno di età (biologici e/o acquisiti) che sono a carico del lavoratore, nel senso che quest'ultimo debba provvedere materialmente al loro sostegno. Tale ultimo aspetto è stato contestato dal governo lussemburghese che ha ritenuto fosse difficile accertare con sicurezza tale ultima circostanza. La Corte ha provveduto a pronunciarsi anche su questa circostanza, statuendo con fermezza che il sostentamento dato dal lavoratore al figlio deve emergere da una situazione di fatto, da criteri oggettivi a cui il governo lussemburghese può tranquillamente risalire, mediante l'operato dei giudici nazionali e/o dell'amministrazione, avendo posto esso stesso tra i requisiti per la concessione di tale sussidio quello che il lavoratore continui a contribuire al mantenimento del figlio (art. 3 legge 24 luglio 2014). In conclusione, il principio di parità di trattamento ex art 45 TFUE in combinato disposto con l'art. 7, paragrafo 2, del regolamento 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, consente di estendere indirettamente ai figli dei lavoratori frontalieri o dei loro coniugi e che siano a loro carico sostanzialmente, il godimento del beneficio economico di sostentamento per gli studi, essendo un vantaggio sociale e fiscale che in quanto tale deve essere concesso in egual misura a tutti cittadini lavoratori dell'Unione europea in qualunque Stato membro essi risiedano e svolgano la propria attività.

Francesco Romanelli
Avvocato

La Corte di Giustizia ribadisce che ai sensi del Regolamento Dublino III compete agli Stati Membri di ingresso provvedere alla protezione dei cittadini di paesi terzi richiedenti asilo

abstract

In the event of the arrival of an unusual number of third-country nationals intending to transit from a Member State in order to lodge an application for international protection in another Member State, the tolerance of the authorities of the first Member State to the entry into its territory does not constitute "visa" within the meaning of art. 2 and 12 of Regulation (EU) No. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person.

The "tolerated" crossing, in the absence of the entry conditions imposed, constitutes an irregular border crossing.

keywords

Reference for a preliminary ruling – Regulation (EU) No 604/2013 – Determination of the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national – Arrival of an unusually large number of third-country nationals seeking international protection – Organisation of border crossing by the authorities of one Member State for the purpose of transit to another Member State – Entry authorised by way of derogation on humanitarian grounds – Article 2(m) – Definition of a 'visa' – Article 12 – Issuing of a visa – Article 13 – Irregular crossing of an external border.

abstract

Nell'ipotesi di arrivo di un numero straordinario di cittadini di paesi terzi che intendono transitare da un primo Stato membro per presentare la domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, la tolleranza delle autorità del primo Stato membro all'ingresso di tali cittadini nel proprio territorio non costituisce "visto" ai sensi degli artt. 2 e 12 del regolamento (UE)

n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

L'attraversamento "tollerato", in assenza delle condizioni di ingresso imposte, costituisce un attraversamento irregolare della frontiera.

parole chiave

Rinvio pregiudiziale – Regolamento (UE) n. 604/2013 – Determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo – Arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi che intendono ottenere protezione internazionale – Organizzazione dell'attraversamento della frontiera da parte delle autorità di uno Stato membro ai fini del transito verso un altro Stato membro – Ingresso autorizzato in deroga per ragioni umanitarie – Articolo 2, lettera m) – Nozione di "visto" – Articolo 12 – Rilascio di un visto – Articolo 13 – Attraversamento irregolare di una frontiera esterna.

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
26 luglio 2017

Nella causa C-646/16, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa, Austria), con decisione del 14 dicembre 2016, pervenuta in cancelleria il 15 dicembre 2016, nel procedimento promosso da **K. J., Z. J.** con l'intervento di: **Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl**,

LA CORTE (Grande Sezione),
composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, L. Bay Larsen

(relatore), J.L. da Cruz Vilaça, M. Berger e A. Prechal, presidenti di sezione, A. Rosas, A. Arabadjiev, C. Toader, M. Safjan, D. Šváby, E. Jarašiūnas, C.G. Fernlund e S. Rodin, giudici,

avvocato generale: E. Sharpston

cancelliere: M. Aleksejev, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 28 marzo 2017,

considerate le osservazioni presentate:

– per K. e Z. J., da R. Frühwirth, Rechtsanwalt;

– per il governo austriaco, da G. Hesse, in qualità di agente;

– per il governo ellenico, da T. Papadopoulou, in qualità di agente;

– per il governo francese, da D. Colas, E. Armoët e E. de Moustier, in qualità di agenti;

– per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da L. Cordì e L. D'Ascìa, avvocati dello Stato;

– per il governo ungherese, da M. Tátrai e M.Z. Fehér, in qualità di agenti;

– per il governo del Regno Unito, da C. Crane, in qualità di agente, assistita da C. Banner, barrister;

– per il governo svizzero, da E. Bichet, in qualità di agente;

– per la Commissione europea, da M. Condou-Durande, G. Wils e M. Žebre, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'8 giugno 2017,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 2, 12 e 13 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (GU 2013, L 180, pag. 31; in prosieguo: il «regolamento Dublino III»), nonché dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (GU 2006, L 105, pag. 1), come modificato dal regolamento (UE) n. 610/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (GU 2013, L 182, pag. 1) (in prosieguo: il «codice frontiere Schengen»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito dell'esame dei ricorsi proposti dalle sig.re K. J.e Z.J., cittadine afgane, avverso le decisioni adottate dal Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Ufficio federale competente per gli stranieri e in materia di asilo, Austria) (in prosieguo: l'«ufficio»), che dichiarano le

loro domande di protezione internazionale irricevibili, dispongono il loro allontanamento e stabiliscono che il loro trasferimento verso la Croazia è lecito.

Contesto normativo

Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen

3 L'articolo 18, paragrafo 1, della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990 (GU 2000, L 239, pag. 19), come modificata dal regolamento n. 610/2013 (in prosieguo: la «convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen»), prevede quanto segue:

«I visti per un soggiorno di oltre 90 giorni (in prosieguo: «visti per soggiorni di lunga durata») sono visti nazionali rilasciati da uno degli Stati membri in conformità della propria legislazione interna o di quella dell'Unione. Tali visti sono emessi in base al modello uniforme per i visti di cui al [regolamento (CE) n. 1683/95 del Consiglio, del 29 maggio 1995, che istituisce un modello uniforme per i visti (GU 1995, L 164, pag. 1)] e sono contrassegnati dalla lettera «D» nella dicitura indicante il tipo di visto. (...)».

Direttiva 2001/55/CE

4 L'articolo 18 della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (GU 2001, L 212, pag. 12), così dispone:

«Si applicano i criteri e le procedure per la determinazione dello Stato membro competente per l'esame della domanda d'asilo. In particolare, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo presentata da una persona che gode della protezione temporanea ai sensi della presente direttiva è lo Stato membro che ha accettato il trasferimento di tale persona nel suo territorio».

Codice frontiere Schengen

5 Il codice frontiere Schengen è stato abrogato e sostituito dal regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (GU 2016, L 77, pag. 1). Il codice frontiere Schengen era pertanto applicabile alla data dei fatti di cui al procedimento principale.

6 I considerando 6, 27 e 28 del codice frontiere Schengen erano così formulati:

«(6) Il controllo di frontiera è nell'interesse non solo dello Stato membro alle cui frontiere esterne vie-

ne effettuato, ma di tutti gli Stati membri che hanno abolito il controllo di frontiera interno. Il controllo di frontiera dovrebbe contribuire alla lotta contro l'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani nonché alla prevenzione di qualunque minaccia per la sicurezza interna, l'ordine pubblico, la salute pubblica e le relazioni internazionali degli Stati membri.

(...)

(27) Il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen a cui il Regno Unito non partecipa (...). Il Regno Unito non partecipa pertanto alla sua adozione e non è vincolato da esso o tenuto ad applicarlo.

(28) Il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen a cui l'Irlanda non partecipa (...). L'Irlanda non partecipa pertanto alla sua adozione e non è vincolata da esso o tenuta ad applicarlo».

7 L'articolo 4 di tale codice, intitolato «Attraversamento delle frontiere esterne», così disponeva:

«1. Le frontiere esterne possono essere attraversate soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti. Ai valichi di frontiera che non sono aperti 24 ore al giorno gli orari di apertura devono essere indicati chiaramente.

(...)

3. Fatt[i] salv[i] (...) i loro obblighi in materia di protezione internazionale, gli Stati membri impongono sanzioni, a norma della legislazione nazionale, in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne al di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti. (...)».

8 Sotto il titolo «Condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi», l'articolo 5 di detto codice prevedeva che:

«1. Per soggiorni previsti nel territorio degli Stati membri, la cui durata non sia superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni, il che comporta di prendere in considerazione il periodo di 180 giorni che precede ogni giorno di soggiorno, le condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi sono le seguenti:

a) essere in possesso di un documento di viaggio valido che autorizza il titolare ad attraversare la frontiera (...)

(...)

b) essere in possesso di un visto valido, se richiesto (...), salvo che si sia in possesso di un permesso di soggiorno valido o di un visto per soggiorni di lunga durata in corso di validità;

c) giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel paese di origine o per il transito verso un paese terzo nel quale l'ammissione è garantita, ovvero essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi;

d) non essere segnalato nel [sistema d'informazione Schengen (SIS)] ai fini della non ammissione;

e) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri, in particolare non essere oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per gli stessi motivi.

(...)

4. In deroga al paragrafo 1:

a) i cittadini di paesi terzi che non soddisfano tutte le condizioni di cui al paragrafo 1, ma che sono in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorno di lunga durata, sono ammessi a entrare nel territorio degli altri Stati membri ai fini di transito, affinché possano raggiungere il territorio dello Stato membro che ha rilasciato il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata, a meno che non figurino nell'elenco nazionale delle persone segnalate dallo Stato membro alle cui frontiere esterne essi si presentano e che tale segnalazione sia accompagnata da istruzioni di respingere o rifiutare il transito;

b) i cittadini di paesi terzi che soddisfano le condizioni di cui al paragrafo 1, salvo la lettera b), e che si presentano alla frontiera possono essere ammessi nel territorio degli Stati membri se è stato loro rilasciato un visto alla frontiera (...)

(...)

c) i cittadini di paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni di cui al paragrafo 1 possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. Qualora il cittadino di paese terzo interessato sia oggetto di una segnalazione di cui al paragrafo 1, lettera d), lo Stato membro che ne autorizza l'ingresso nel suo territorio ne informa gli altri Stati membri».

9 L'articolo 10, paragrafo 1, dello stesso codice precisava che sui documenti di viaggio dei cittadini di paesi terzi viene sistematicamente apposto un timbro al momento dell'ingresso e dell'uscita.

10 L'articolo 12, paragrafo 1, del codice frontiere Schengen specificava:

«(...) Una persona che ha attraversato illegalmente una frontiera e che non ha il diritto di soggiornare sul territorio dello Stato membro interessato è fermata ed è sottoposta a procedure che rispettano la direttiva 2008/115/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (GU 2008, L 348, pag. 98)]».

Direttiva 2008/115

11 L'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 (in prosieguo: la «direttiva rimpatri») così recita:

«Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi:

a) sottoposti a respingimento alla frontiera confor-

memente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro;

(...).

12 L'articolo 3 di detta direttiva, intitolato «Sanzioni», così recita:

«Ai sensi della presente direttiva si intende per:

(...)

2) "soggiorno irregolare" la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro;

(...).

Regolamento (CE) n. 810/2009

13 I considerando 36 e 37 del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti) (GU 2009, L 243, pag. 1), come modificato dal regolamento 610/2013 (in prosieguo: il «codice dei visti»), sono così formulati:

«(36) Il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen a cui il Regno Unito non partecipa (...). Il Regno Unito non partecipa pertanto alla sua adozione e non è vincolato da esso o tenuto ad applicarlo.

(37) Il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen a cui l'Irlanda non partecipa (...). L'Irlanda non partecipa pertanto alla sua adozione e non è vincolata da esso o tenuta ad applicarlo.

14 L'articolo 1, paragrafo 1, del codice dei visti così dispone:

«Il presente regolamento fissa le procedure e le condizioni per il rilascio del visto di transito o per soggiorni previsti sul territorio degli Stati membri non superiori a 90 giorni su un periodo di 180 giorni».

15 L'articolo 25, paragrafo 1, di detto codice prevede quanto segue:

«I visti con validità territoriale limitata sono rilasciati eccezionalmente nei seguenti casi:

a) quando, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali, lo Stato membro interessato ritiene necessario:

i) derogare al principio dell'adempimento delle condizioni di ingresso di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettere a), c), d) ed e), del codice frontiere Schengen;

(...).

16 Gli articoli da 27 a 29 del codice dei visti definiscono le norme relative alla modalità di compilazione

del visto adesivo, all'annullamento di un visto adesivo già compilato e all'apposizione di un visto adesivo.

17 L'articolo 35 di detto codice, intitolato «Visti chiesti alle frontiere esterne», al suo paragrafo 4 prevede quanto segue:

«Qualora non siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettere a), c), d) ed e), del codice frontiere Schengen, le autorità responsabili del rilascio del visto alla frontiera possono emettere, a norma dell'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del presente regolamento, un visto con validità territoriale limitata al solo Stato membro di rilascio».

Regolamento Dublino III

18 I considerando 25 e 41 del regolamento Dublino III sono redatti come segue:

«(25) La progressiva instaurazione di uno spazio senza frontiere interne, entro il quale è garantita la libera circolazione delle persone in forza del TFUE e la definizione di politiche dell'Unione relative alle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi, compresi gli sforzi comuni per la gestione delle frontiere esterne, rende necessario instaurare un equilibrio tra i criteri di competenza in uno spirito di solidarietà.

(...)

(41) A norma dell'articolo 3 e dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, del protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, allegato al TUE e al TFUE, detti Stati membri hanno notificato che desiderano partecipare all'adozione e all'applicazione del presente regolamento».

19 L'articolo 1 di tale regolamento stabilisce che:

«Il presente regolamento stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide ("Stato membro competente")».

20 L'articolo 2 di detto regolamento così prevede:

«Ai fini del presente regolamento si applicano le seguenti definizioni

(...)

m) "visto": l'autorizzazione o la decisione di uno Stato membro necessaria per il transito o per l'ingresso ai fini di soggiorno in tale Stato membro o in diversi Stati membri. La natura del visto è illustrata dalle seguenti definizioni:

– "visto per soggiorno di lunga durata": l'autorizzazione o la decisione, emessa da uno degli Stati membri conformemente al suo diritto interno o al diritto dell'Unione, necessaria per l'ingresso ai fini di un soggiorno nel territorio di tale Stato membro per una durata superiore ai tre mesi,

– "visto per soggiorno di breve durata": l'autorizzazione o la decisione emessa da uno Stato membro ai

fini del transito o di un soggiorno previsto nel territorio di uno o più o tutti gli Stati membri la cui durata non sia superiore a tre mesi su un periodo di sei mesi a decorrere dalla data del primo ingresso nel territorio degli Stati membri,

– "visto di transito aeroportuale": visto valido per il transito nelle zone internazionali di transito di uno o più aeroporti degli Stati membri;

(...).

21 L'articolo 3, paragrafi 1 e 2, del medesimo regolamento così dispone:

«1. Gli Stati membri esaminano qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide sul territorio di qualunque Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito. Una domanda d'asilo è esaminata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III.

2. Quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla base dei criteri enumerati nel presente regolamento, è competente il primo Stato membro nel quale la domanda di protezione internazionale è stata presentata.

Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente.

(...).

22 L'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento Dublino III è redatto come segue:

«I criteri per la determinazione dello Stato membro competente si applicano nell'ordine nel quale sono definiti dal presente capo».

23 L'articolo 12 di detto regolamento, intitolato «Rilascio di titoli di soggiorno o visti», ai suoi paragrafi da 2 a 5 precisa che:

«2. Se il richiedente è titolare di un visto in corso di validità, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale è quello che ha rilasciato il visto, a meno che il visto non sia stato rilasciato per conto di un altro Stato membro nel quadro di un accordo di rappresentanza ai sensi dell'articolo 8 del [codice dei visti]. In tal caso, l'esame della domanda di protezione internazionale compete allo Stato membro rappresentato.

3. Se il richiedente è titolare di più titoli di soggiorno o visti in corso di validità, rilasciati da vari Stati

membri, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale è, nell'ordine:

(...)

b) lo Stato membro che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana, quando i visti sono di analoga natura;

c) quando si tratta di visti di natura diversa, lo Stato membro che ha rilasciato il visto di validità più lunga o, in caso di validità identica, lo Stato membro che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana.

4. Se il richiedente è titolare soltanto (...) di uno o più visti scaduti da meno di sei mesi che gli avevano effettivamente permesso l'ingresso nel territorio di uno Stato membro, si applicano i paragrafi 1, 2 e 3 fino a che il richiedente non abbia lasciato i territori degli Stati membri.

Qualora il richiedente sia titolare (...) di uno o più visti scaduti da oltre sei mesi che gli avevano effettivamente permesso l'ingresso nel territorio di uno Stato membro e non abbia lasciato i territori degli Stati membri, è competente lo Stato membro in cui è presentata la domanda di protezione internazionale.

5. Il fatto che il titolo di soggiorno o il visto sia stato rilasciato ad un cittadino di un paese terzo che ha declinato una identità falsa o usurpata o dietro presentazione di documenti falsificati, contraffatti o non validi non osta all'attribuzione della competenza allo Stato membro che lo ha rilasciato. Tuttavia, lo Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno o il visto non è competente se può dimostrare che la frode è avvenuta successivamente al rilascio del titolo o del visto».

24 L'articolo 13 del regolamento Dublino III, intitolato «Ingresso e/o soggiorno», al suo paragrafo 1 prevede quanto segue:

«Quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle circostanze indiziarie di cui ai due elenchi menzionati all'articolo 22, paragrafo 3, del presente regolamento, inclusi i dati di cui al regolamento (UE) n. 603/2013 [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento n. 604/2013 e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (GU 2013, L 180, pag. 1)], che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale. Detta responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera».

25 L'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento Dublino III prevede quanto segue:

«Se un cittadino di un paese terzo o un apolide entra nel territorio di uno Stato membro in cui è dispensato dal visto, l'esame della domanda di protezione internazionale compete in questo caso a tale Stato membro».

26 L'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento in parola enuncia quanto segue:

«In deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento.

Lo Stato membro che decide di esaminare una domanda di protezione internazionale ai sensi del presente paragrafo diventa lo Stato membro competente e assume gli obblighi connessi a tale competenza. (...)

27 L'articolo 33 del regolamento Dublino III istituisce una procedura di allerta rapida, di preparazione e di gestione delle crisi riguardante le circostanze in cui l'applicazione di tale regolamento può essere ostacolata da un rischio comprovato di speciale pressione sul sistema di asilo di uno Stato membro, e/o da problemi nel funzionamento del sistema di asilo di uno Stato membro.

28 L'articolo 34 di tale regolamento prevede alcune procedure di scambio di informazioni tra gli Stati membri.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

29 Le sig.re J. hanno lasciato l'Afghanistan nel mese di dicembre 2015, con i loro figli, hanno poi viaggiato attraverso l'Iran, la Turchia, la Grecia, l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia e la Serbia. Esse hanno varcato la frontiera tra quest'ultimo Stato e la Croazia nel 2016. Le autorità croate hanno organizzato il loro trasferimento, in autobus, fino alla frontiera slovena.

30 Successivamente, le sig.re J. e i loro figli sono entrati in Slovenia. Il 15 febbraio 2016, le autorità slovene hanno consegnato loro documenti di polizia che indicavano che la rispettiva destinazione di viaggio era, per una di loro, la Germania e, per l'altra, l'Austria. In tale stessa data, dopo essere entrate in Austria, le sig.re J. hanno presentato in quest'ultimo Stato membro, nell'interesse loro e dei loro figli, domande di protezione internazionale.

31 L'ufficio ha indirizzato alle autorità slovene una richiesta di informazioni, ai sensi dell'articolo 34 del regolamento Dublino III, indicando i documenti di polizia consegnati alle sig.re Jafari. Le autorità slovene hanno risposto a tale richiesta affermando che i cittadini di paesi terzi in questione non erano registrati in Slovenia ad alcun titolo rilevante ai fini dell'applica-

zione di tale regolamento e che essi avevano attraversato la Slovenia in provenienza dalla Croazia.

32 Il 16 aprile 2016, l'ufficio ha formulato alle autorità croate una richiesta di presa a carico delle sig.re J. e dei loro figli ai sensi dell'articolo 21 di detto regolamento. Le autorità croate non hanno dato seguito a tale richiesta. Con lettera del 18 giugno 2016, l'ufficio ha riferito a queste ultime che, in applicazione dell'articolo 22, paragrafo 7, dello stesso regolamento, la competenza per l'esame delle domande di protezione internazionale presentate dalle sig.re J. e dai loro figli spettava ormai alla Repubblica di Croazia.

33 Il 5 settembre 2016, l'ufficio ha dichiarato le domande di protezione internazionale presentate dalle sig.re J. irricevibili, ha disposto l'allontanamento delle stesse e dei loro figli e ha stabilito che il loro trasferimento verso la Croazia era legittimo. Tali decisioni si fondavano sul fatto che i cittadini di paesi terzi interessati sarebbero entrati irregolarmente in Grecia e in Croazia e che il loro trasferimento verso la Grecia sarebbe escluso a causa delle carenze sistemiche nel procedimento di asilo in tale Stato membro.

34 Le sig.re J. hanno impugnato tali decisioni dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Austria). Il 10 ottobre 2016, tale giudice ha respinto i loro ricorsi rilevando, in particolare, che, in assenza di visto, il loro ingresso in Croazia doveva essere ritenuto irregolare in considerazione dei requisiti stabiliti dal codice frontiere Schengen e che nessun argomento poteva essere tratto dall'ammissione in Croazia degli interessati in violazione di tali requisiti.

35 Le sig.re J. hanno proposto impugnazioni contro tale decisione dinanzi al giudice del rinvio facendo valere, segnatamente, di essere state ammesse in Croazia, in Slovenia e in Austria ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), di tale codice.

36 È in tale contesto che il Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa, Austria) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, per la comprensione dell'articolo 2, lettera m), dell'articolo 12 e dell'articolo 13 del regolamento [Dublino III], si debbano prendere in considerazione altri atti giuridici, coi quali il suddetto regolamento presenta punti di contatto, ovvero se a tali disposizioni debba essere attribuito un significato indipendente da essi.

2) Per il caso in cui le disposizioni del regolamento Dublino III debbano essere interpretate a prescindere da altri atti giuridici:

a) Se, nelle condizioni dei casi oggetto del procedimento principale, caratterizzati dal fatto di rientrare in un periodo in cui le autorità nazionali degli Stati prevalentemente coinvolti si trovavano di fronte ad un numero straordinariamente elevato di persone che richiedevano il transito attraverso il loro territorio nazionale, sia da considerare come "visto" ai sensi dell'ar-

articolo 2, lettera m), e dell'articolo 12 del regolamento Dublino III, l'ingresso di fatto tollerato nel territorio nazionale di uno Stato membro, che doveva avvenire soltanto allo scopo del transito proprio attraverso tale Stato membro e della presentazione di una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro.

Qualora alla seconda questione, lettera a), debba essere data risposta affermativa:

b) Se, alla luce della tolleranza di fatto dell'ingresso a scopo di transito, si debba ritenere che il "visto" abbia perduto la sua validità con l'uscita dallo Stato membro interessato.

c) Se, alla luce della tolleranza di fatto dell'ingresso a scopo di transito, si debba ritenere che il "visto" continui ad essere valido ove l'uscita dallo Stato membro interessato non sia ancora avvenuta, ovvero se il "visto" perda la sua validità, indipendentemente dall'uscita non avvenuta, nel momento in cui un richiedente rinuncia definitivamente alla sua intenzione di recarsi in un altro Stato membro.

d) Se la rinuncia, da parte del richiedente, all'intenzione di recarsi nello Stato membro originariamente considerato come meta, abbia come conseguenza che, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 5, del regolamento Dublino III, si debba configurare come comportamento fraudolento successivo al rilascio del "visto", di modo che lo Stato membro che ha rilasciato il "visto" non sia competente.

Qualora alla seconda questione, lettera a), debba essere data risposta negativa:

e) Se l'espressione di cui all'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III "ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro" debba essere intesa nel senso che nelle citate particolari condizioni dei casi oggetto del procedimento principale non deve considerarsi avvenuto un attraversamento illegale della frontiera esterna.

3) Per il caso in cui le disposizioni del regolamento Dublino III debbano essere interpretate prendendo in considerazione altri atti giuridici:

a) Se per valutare l'esistenza, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, di un "attraversamento illegale" della frontiera, debba prendersi specialmente in considerazione la questione se, in base al codice frontiere Schengen – in particolare in base all'articolo 5 [di questo] – ricorrano le condizioni di ingresso, questione particolarmente rilevante per il procedimento principale in considerazione del momento in cui ha avuto luogo l'ingresso.

Nel caso in cui alla terza questione, lettera a), debba essere data risposta negativa:

b) Quali disposizioni del diritto dell'Unione debbano in particolare essere prese in considerazione nel valutare se, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, sia riscontrabile un "attraversamento illegale" della frontiera.

Nel caso in cui alla terza questione, lettera a), debba essere data risposta affermativa:

c) Se, nelle condizioni dei casi oggetto del procedimento principale, caratterizzati dal fatto di svolgersi in un periodo in cui le autorità nazionali degli Stati prevalentemente coinvolti si trovavano di fronte ad un numero straordinariamente elevato di persone che richiedevano il transito attraverso il loro territorio nazionale, l'ingresso nel territorio di uno Stato membro – di fatto tollerato senza un esame delle circostanze del caso di specie – che doveva avvenire soltanto allo scopo del transito proprio attraverso tale Stato membro e della presentazione di una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, debba essere considerato come autorizzazione all'ingresso ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen.

Nel caso in cui alla terza questione, lettere a) e c), debba essere data risposta affermativa:

d) Se dall'autorizzazione all'ingresso ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen consegua che si debba ritenere esistente un permesso equiparabile ad un visto ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), del codice frontiere Schengen e quindi un "visto" ai sensi dell'articolo 2, lettera m), del regolamento Dublino III, di modo che nell'applicazione delle disposizioni dirette all'accertamento dello Stato membro competente in base al regolamento Dublino III si debba prendere in considerazione anche l'articolo 12 di quest'ultimo.

Nel caso in cui alla terza questione, lettere a), c) e d), debba essere data risposta affermativa:

e) Se, alla luce della tolleranza di fatto dell'ingresso a scopo di transito, si debba ritenere che il "visto" abbia perduto la sua validità con l'uscita dallo Stato membro interessato.

f) Se, alla luce della tolleranza di fatto dell'ingresso a scopo di transito, si debba ritenere che il "visto" continui ad essere valido ove l'uscita dallo Stato membro interessato non sia ancora avvenuta, ovvero se il "visto" perda la sua validità, indipendentemente dall'uscita non avvenuta, nel momento in cui un richiedente rinuncia definitivamente alla sua intenzione di recarsi in un altro Stato membro.

g) Se la rinuncia, da parte del richiedente, all'intenzione di recarsi nello Stato membro originariamente considerato come meta abbia come conseguenza che, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 5, del regolamento Dublino III, si debba configurare come comportamento fraudolento successivo al rilascio del "visto", di modo che lo Stato membro che ha rilasciato il "visto" non sia competente.

Nel caso in cui debba essere data risposta affermativa alla terza questione, lettere a) e c), ma risposta negativa alla terza questione, lettera d):

h) Se l'espressione, di cui all'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, "ha varcato ille-

galmente per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro” debba essere intesa nel senso che, nelle citate particolari condizioni dei casi oggetto del procedimento principale, l’attraversamento della frontiera, da qualificare come autorizzazione all’ingresso ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen non dev’essere considerato come attraversamento illegale della frontiera esterna».

Procedimento dinanzi alla Corte

37 Nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio ha chiesto l’applicazione del procedimento accelerato ai sensi dell’articolo 105 del regolamento di procedura della Corte.

38 Con ordinanza del presidente della Corte del 15 febbraio 2017, J.(C-646/16, non pubblicata, EU:C:2017:138), quest’ultimo ha accolto detta domanda.

Sulle questioni pregiudiziali

39 In via preliminare, occorre rilevare che, dacché l’articolo 2, lettera m), e gli articoli 12 e 13 del regolamento Dublino III vertono su aspetti delle politiche concernenti i controlli alle frontiere e l’immigrazione disciplinati da atti dell’Unione distinti, è opportuno, per rispondere alla prima questione, esaminare separatamente, da una parte, la rilevanza di tali atti ai fini dell’interpretazione dell’articolo 2, lettera m), e dell’articolo 12 di tale regolamento e, dall’altra, ai fini di quella dell’articolo 13 di detto regolamento.

Sulla prima questione, sulla seconda questione, lettera a), e sulla terza questione, lettera d)

40 Con la sua prima questione, la sua seconda questione, lettera a), e la sua terza questione, lettera d), che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l’articolo 12 del regolamento Dublino III, in combinato disposto con l’articolo 2, lettera m), di tale regolamento e, se del caso, con le disposizioni del codice dei visti, debba essere interpretato nel senso che il fatto, per le autorità di un primo Stato membro che si trovano di fronte all’arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendono transitare in tale Stato membro allo scopo di presentare una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, di tollerare l’ingresso sul territorio di tali cittadini, che non soddisfano le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, in tale primo Stato membro, debba essere qualificato come «visto» ai sensi di detto articolo 12.

41 Risulta, segnatamente, dall’articolo 3, paragrafo 1, e dall’articolo 7, paragrafo 1, del regolamento Dublino III che lo Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale è, in linea di principio, quello designato secondo i criteri

previsti al capo III di tale regolamento (v., in tal senso, sentenza del 7 giugno 2016, Ghezelbash, C-63/15, EU:C:2016:409, punto 42).

42 L’articolo 12 di detto regolamento, che figura al capo III di questo, prevede che, se un richiedente protezione internazionale è titolare di un visto in corso di validità o scaduto, lo Stato membro che ha rilasciato tale visto è, a determinate condizioni, competente per l’esame della domanda di protezione internazionale.

43 L’articolo 2, lettera m), del medesimo regolamento contiene una definizione generale del termine «visto» e precisa che la natura del visto si valuta sulla base di definizioni più specifiche relative, rispettivamente, al visto per soggiorni di lunga durata, al visto per soggiorni di breve durata e al visto di transito aeroportuale.

44 Da tale disposizione deriva che la nozione di «visto» ai sensi del regolamento Dublino III comprende non soltanto i visti per soggiorni di breve durata e di transito aeroportuale, le cui procedure e condizioni di rilascio sono armonizzati dal codice dei visti, ma anche i visti per soggiorni di lunga durata che non rientrano nell’ambito di applicazione di tale codice e possono, nell’attuale assenza di misure generali adottate dal legislatore dell’Unione sul fondamento dell’articolo 79, paragrafo 2, lettera a), TFUE, essere rilasciati in base alle normative nazionali (v., in tal senso, sentenza del 7 marzo 2017, X e X, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, punti 41 e 44).

45 Inoltre, si deve rilevare che, come sottolineato dai considerando 36 e 37 del codice dei visti e dal considerando 41 del regolamento Dublino III, taluni Stati membri che non sono vincolati da tale codice sono, invece, assoggettati a detto regolamento. Ne discende che i visti per soggiorni di breve durata o di transito rilasciati da tali Stati membri senza osservare le norme previste da detto codice devono, tuttavia, essere considerati come «visti» ai sensi dell’articolo 2, lettera m), e dell’articolo 12 del regolamento Dublino III.

46 Peraltro, occorre osservare che il legislatore dell’Unione ha definito il termine «visto» all’articolo 2, lettera m), di tale ultimo regolamento senza menzionare il codice dei visti o altri atti dell’Unione che disciplinano specificamente la materia dei visti, nonostante esso abbia direttamente fatto riferimento a diversi atti dell’Unione nelle definizioni di cui all’articolo 2, lettere a), b), d), e) o f), del regolamento Dublino III.

47 Ciò posto, se è vero che gli atti adottati dall’Unione in materia di visti costituiscono elementi di contesto che è necessario prendere in considerazione in sede di interpretazione dell’articolo 2, lettera m), e dell’articolo 12 del regolamento Dublino III, ciò non toglie che la nozione di «visto» ai sensi di tale regolamento non può essere direttamente dedotta da tali atti e deve essere compresa sulla base della specifica definizione di cui all’articolo 2, lettera m), di detto regolamento nonché dell’economia generale di questo.

48 A tale riguardo, si deve constatare che tale definizione specifica che un visto è un'«autorizzazione o [una] decisione di uno Stato membro» che è «necessaria per il transito o per l'ingresso» nel territorio di tale Stato membro o in diversi Stati membri. Dai termini stessi utilizzati dal legislatore dell'Unione deriva quindi che, da un lato, la nozione di visto rimanda a un atto formalmente adottato da un'amministrazione nazionale, e non a una semplice tolleranza, e che, dall'altro, il visto non coincide con l'ammissione nel territorio di uno Stato membro, poiché il visto è richiesto proprio al fine di consentire tale ammissione.

49 Tale constatazione trova sostegno nella distinzione operata dall'articolo 2, lettera m), del regolamento Dublino III, tra le diverse categorie di visti. Infatti tali categorie, identificate in via generale per mezzo delle menzioni apposte sui visti adesivi, si distinguono in quanto i visti che vi rientrano sono richiesti al fine di consentire un ingresso nel territorio per differenti tipi di soggiorno o di transito.

50 Il contesto in cui si inserisce l'articolo 12 di tale regolamento corrobora tale analisi. Il rilascio di un visto, di cui a tale articolo, contestualmente al rilascio di un titolo di soggiorno, si differenzia così dall'ingresso e dal soggiorno propriamente detti, che sono oggetto dell'articolo 13 del regolamento in parola. Inoltre, il criterio di cui all'articolo 14 dello stesso regolamento, vale a dire l'ingresso con esenzione dal visto, dimostra che il legislatore dell'Unione ha distinto l'ingresso dal visto in quanto tale.

51 Tale distinzione è del resto coerente con l'architettura generale della normativa dell'Unione nelle materie interessate. Infatti, mentre le norme che disciplinano l'ammissione nel territorio degli Stati membri erano previste, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, dal codice frontiere Schengen, le condizioni per il rilascio di visti sono definite in atti diversi quali, per quanto riguarda i visti per soggiorni di breve durata, il codice dei visti.

52 Occorre altresì rilevare che, nell'ambito definito da tale normativa, gli Stati membri che vi partecipano sono tenuti a rilasciare i visti secondo un modello uniforme, costituito da un adesivo, per quanto riguarda sia i visti per soggiorni di breve durata, ai sensi degli articoli da 27 a 29 del codice dei visti, che i visti per soggiorni di lunga durata, in virtù dell'articolo 18, paragrafo 1, della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen. Il rilascio di un visto ai sensi di detta normativa riveste dunque una forma diversa da quella dell'adozione di un'autorizzazione d'ingresso la quale, conformemente all'articolo 10, paragrafo 1, del codice frontiere Schengen, consta di un timbro apposto su un documento di viaggio.

53 Alla luce dell'insieme di tali elementi, è necessario considerare che un'ammissione nel territorio di uno Stato membro, all'occorrenza anche solo tollerata dalle autorità dello Stato membro interessato,

non configura un «visto» ai sensi dell'articolo 12 del regolamento Dublino III, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera m), di tale regolamento.

54 La circostanza che l'ammissione nel territorio dello Stato membro interessato avvenga in una situazione caratterizzata dall'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi che intendono ottenere protezione internazionale non è idonea a modificare tale conclusione.

55 Infatti, da un lato, nessun elemento del regolamento Dublino III indica che la nozione di «visto» dovrebbe essere oggetto di una diversa interpretazione in presenza di una simile situazione.

56 Dall'altro lato, si deve constatare che, se è vero che il legislatore dell'Unione ha previsto che atti riguardanti l'ammissione nel territorio e il rilascio di visti possano fondarsi su ragioni umanitarie, egli ha comunque mantenuto, in tale contesto, una netta distinzione tra tali due tipologie di atti.

57 Difatti, egli ha espressamente distinto la facoltà di autorizzare l'ingresso sul territorio per ragioni umanitarie, prevista all'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen, da quella di rilasciare, per le medesime ragioni, un visto con validità territoriale limitata, di cui all'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del codice dei visti. Benché l'articolo 35, paragrafo 4, di detto codice permetta, certamente, a determinate condizioni, di rilasciare un visto di tal genere alla frontiera, l'ingresso nel territorio deve allora, in taluni casi, essere autorizzato in base all'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), del codice frontiere Schengen e non ai sensi dell'articolo 5), paragrafo 4), lettera c), di tale codice. Orbene, nel caso di specie, è pacifico che l'articolo 5, paragrafo 4), lettera b), di detto codice non è applicabile.

58 Dall'insieme delle considerazioni che precedono emerge che occorre rispondere alla prima questione, alla seconda questione, lettera a), e alla terza questione, lettera d), dichiarando che l'articolo 12 del regolamento Dublino III, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera m), di tale regolamento, deve essere interpretato nel senso che il fatto, per le autorità di un primo Stato membro che si trovano di fronte all'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendono transitare in tale Stato membro allo scopo di presentare una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, di tollerare l'ingresso sul territorio di tali cittadini, che non soddisfano le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, in tale primo Stato membro, non deve essere qualificato come «visto» ai sensi di detto articolo 12.

Sulla prima questione, sulla seconda questione, lettera e), e sulla terza questione, lettere da a) a c) e h)

59 Con la sua prima questione, la sua seconda questione, lettera e), e la sua terza questione, lettere da a) a c) e h), che occorre esaminare congiuntamente, il

giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, letto, eventualmente, in combinato disposto con le norme del codice frontiere Schengen e della direttiva rimpatri, debba essere interpretato nel senso che occorra considerare che il cittadino di un paese terzo, il cui ingresso è stato tollerato dalle autorità di un primo Stato membro che si trovavano di fronte all'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendevano transitare in tale Stato membro allo scopo di presentare una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, senza soddisfare le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, in tale primo Stato membro, abbia «varcato illegalmente» la frontiera di detto primo Stato membro ai sensi di tale disposizione.

60 L'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, che figura al capo III del medesimo, intitolato «Criteri di determinazione dello Stato membro competente», prevede segnatamente che, qualora un richiedente protezione internazionale abbia varcato illegalmente la frontiera di uno Stato membro nel quale è entrato in provenienza da un paese terzo, tale Stato membro è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale.

61 La nozione di «attraversamento irregolare» della frontiera di uno Stato membro non è definita da tale regolamento.

62 Una tale definizione non è neppure contenuta negli altri atti dell'Unione, in vigore alla data dei fatti di cui al procedimento principale, relativi al controllo delle frontiere o all'immigrazione.

63 Per quanto concerne, più specificamente, gli atti menzionati dal giudice del rinvio, occorre rilevare, in primo luogo, che la direttiva rimpatri definisce unicamente, al suo articolo 3, paragrafo 2, la nozione di «soggiorno irregolare», la quale non coincide con quella di «ingresso irregolare» (v., in tal senso, sentenza del 7 giugno 2016, Affum, C-47/15, EU:C:2016:408, punto 60).

64 Del pari, la nozione di «attraversamento irregolare» della frontiera di uno Stato membro non può essere assimilata a quella di «soggiorno irregolare».

65 Inoltre, benché l'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva rimpatri menzioni i cittadini di paesi terzi fermati o scoperti in occasione di un «attraversamento irregolare» della frontiera esterna di uno Stato membro, la stessa non fornisce alcuna indicazione in merito alla portata precisa di tale nozione.

66 In secondo luogo, come sottolineato dall'avvocato generale al paragrafo 127 delle sue conclusioni, il codice frontiere Schengen non definisce neppure la nozione di «attraversamento irregolare» della frontiera di uno Stato membro.

67 Sebbene esso preveda certo, al suo articolo 4, paragrafo 3, l'imposizione di sanzioni in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne al

di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti, lo stesso fa ivi riferimento a un'ipotesi molto specifica che non può comprendere tutti i casi di attraversamento irregolare di una frontiera.

68 Del pari, se è vero che la seconda frase dell'articolo 12, paragrafo 1, del codice frontiere Schengen contiene una norma applicabile a «una persona che ha attraversato illegalmente una frontiera», esso non precisa in alcun modo la definizione della nozione di «attraversamento irregolare» e non specifica, segnatamente, se questo avvenga in caso di violazione delle norme riguardanti l'attraversamento delle frontiere esterne, di cui all'articolo 4 di tale codice, di quelle che definiscono le condizioni di ingresso, di cui all'articolo 5 del medesimo, o ancora di quelle concernenti il controllo delle frontiere esterne, che sono oggetto del capo II del titolo II del codice in parola.

69 Inoltre, la nozione di «attraversamento irregolare» della frontiera è utilizzata, all'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III con riferimento allo scopo specifico di tale regolamento, vale a dire la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale. Orbene, un siffatto scopo è privo di qualsiasi connessione con la seconda frase dell'articolo 12, paragrafo 1, del codice frontiere Schengen, poiché codesta è volta a precisare la relazione tra il controllo delle frontiere e l'attuazione delle procedure di rimpatrio previste dalla direttiva rimpatri.

70 Inoltre, si deve rilevare che, come specificato dai considerando 27 e 28 del codice frontiere Schengen e dal considerando 41 del regolamento Dublino III, taluni Stati membri che non erano vincolati da tale codice sono, invece, assoggettati a detto regolamento. Ne consegue che l'attraversamento delle frontiere di tali Stati membri deve, all'occorrenza, essere qualificato come «regolare» o «irregolare» ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, nonostante l'ammissione nel territorio di detti Stati membri non sia disciplinata dalle norme relative all'attraversamento delle frontiere e all'ingresso fissate dal codice frontiere Schengen.

71 Da ultimo, è necessario constatare che il legislatore dell'Unione ha scelto di non menzionare, all'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, la direttiva rimpatri o il codice frontiere Schengen, facendo espresso riferimento al regolamento n. 603/2013.

72 In tali circostanze, pur essendo vero che gli atti adottati dall'Unione in materia di controllo delle frontiere e immigrazione configurano elementi di contesto di cui occorre tenere conto in sede di interpretazione dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, ciò nondimeno la portata della nozione di «attraversamento irregolare» della frontiera di uno Stato membro ai sensi di tale regolamento non può, in linea di principio, essere direttamente dedotta da tali atti.

73 Di conseguenza, in mancanza di una definizio-

ne di tale nozione in detto regolamento, è necessario, conformemente ad una consolidata giurisprudenza della Corte, determinare il significato e la portata di questa sulla base dell'accezione abituale dei termini utilizzati, prendendo in considerazione il contesto nel quale sono usati e gli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui fanno parte (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2014, *Diakité*, C-285/12, EU:C:2014:39, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

74 Per quanto riguarda l'accezione abituale della nozione di «attraversamento irregolare» di una frontiera, è necessario considerare che l'attraversamento di una frontiera senza osservare le condizioni richieste dalla normativa applicabile nello Stato membro interessato deve necessariamente essere ritenuta «irregolare» ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III.

75 Ne consegue che, nel caso in cui la frontiera varcata sia quella di uno Stato membro vincolato dal codice frontiere Schengen, il carattere irregolare dell'attraversamento di questa deve essere valutato tenendo conto, in particolare, delle norme stabilite da tale codice.

76 Ciò è quanto avviene nel procedimento principale, poiché salvo l'articolo 1, prima frase, l'articolo 5, paragrafo 4, lettera a), il titolo III del codice frontiere Schengen e le disposizioni del titolo II di tale codice e degli allegati che fanno riferimento al sistema d'informazione Schengen, le disposizioni di detto codice si applicano alla Repubblica di Croazia, in virtù dell'articolo 4, paragrafi 1 e 2, dell'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia e agli adattamenti del trattato sull'Unione europea, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (GU 2012, L 112, pag. 21), in combinato disposto con l'allegato II, punto 8, al medesimo.

77 Tuttavia, la considerazione svolta al punto 74 della presente sentenza non è sufficiente a definire esaurientemente la nozione di «attraversamento irregolare» ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III.

78 Occorre, altresì, tenere conto della circostanza che la normativa relativa all'attraversamento delle frontiere esterne può attribuire alle autorità nazionali competenti la facoltà di derogare, invocando ragioni umanitarie, alle condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, ai cittadini di paesi terzi al fine di assicurarsi della regolarità del loro futuro soggiorno negli Stati membri.

79 Una facoltà di tal genere è segnatamente prevista all'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen, che consente agli Stati membri partecipanti a tale codice di autorizzare, in deroga, i cittadini di paesi terzi, che non soddisfano una o più condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, a tali cittadini, a entrare nel loro territorio per ragioni

umanitarie o di interesse nazionale oppure conformemente a obblighi internazionali.

80 Ciò posto, occorre rilevare innanzitutto che l'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen precisa, diversamente dall'articolo 5, paragrafo 4, lettera b), di tale codice, che una simile autorizzazione è valida solo per il territorio dello Stato membro interessato, e non per il territorio «degli Stati membri» nel loro complesso. Pertanto, tale prima disposizione non può comportare la regolarità dell'attraversamento della frontiera da parte del cittadino di un paese terzo, ammesso dalle autorità di uno Stato membro al solo scopo di permettere il transito di tale cittadino verso un altro Stato membro per presentarvi una domanda di protezione internazionale.

81 Inoltre, e in ogni caso, alla luce della risposta fornita alla prima questione, alla seconda questione, lettera a), e alla terza questione, lettera d), l'esercizio di una facoltà quale quella di cui all'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen non può essere assimilato al rilascio di un visto ai sensi dell'articolo 12 del regolamento Dublino III.

82 Parimenti, poiché tale esercizio non incide sull'esistenza di un eventuale obbligo di possedere un visto per il cittadino di un paese terzo interessato, un ingresso autorizzato in tale contesto non può essere considerato come un ingresso sul territorio di uno Stato membro in cui l'interessato è dispensato dall'obbligo di visto, ai sensi dell'articolo 14 di tale regolamento.

83 Pertanto, ammettere che l'ingresso del cittadino di un paese terzo autorizzato da uno Stato membro, invocando ragioni umanitarie, in deroga alle condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, ai cittadini di un paese terzo non configura un attraversamento irregolare della frontiera di tale Stato membro ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III implicherebbe che detto Stato membro, qualora si avvalga di una facoltà di tale sorta, non è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale introdotta da tale cittadino in un altro Stato membro.

84 Orbene, una simile conclusione sarebbe incompatibile con l'economia generale e con gli obiettivi di tale regolamento.

85 Difatti, il considerando 25 del regolamento Dublino III fa, segnatamente, riferimento al nesso diretto tra i criteri di competenza fissati in uno spirito di solidarietà e gli sforzi comuni per la gestione delle frontiere esterne che sono posti in essere, come richiamato dal considerando 6 del codice frontiere Schengen, nell'interesse non solo dello Stato membro dalle cui frontiere esterne viene effettuato il controllo, ma anche di tutti gli Stati membri che hanno abolito il controllo di frontiera interno.

86 In tale contesto, dalla struttura degli articoli 12 e 14 del regolamento Dublino III emerge che tali articoli disciplinano, in via di principio, tutte le ipotesi di

ingresso regolare nel territorio degli Stati membri, poiché l'ingresso regolare di un cittadino di un paese terzo in tale territorio normalmente si fonda su un visto o su un titolo di soggiorno, oppure si basa su un'esenzione dall'obbligo di visto.

87 L'applicazione dei diversi criteri contenuti in tali articoli, nonché nell'articolo 13 di tale regolamento, deve, in generale, consentire di attribuire allo Stato membro che è all'origine dell'ingresso o del soggiorno del cittadino di un paese terzo sul territorio degli Stati membri la competenza a esaminare la domanda di protezione internazionale eventualmente presentata da tale cittadino.

88 A tal proposito, è possibile constatare che tale idea è espressamente enunciata nella relazione sulla proposta della Commissione, del 3 dicembre 2008 [COM(2008) 820 definitivo], che ha condotto all'adozione del regolamento Dublino III, che riprende, su tale punto, quanto era già esposto nella relazione sulla proposta della Commissione [COM(2001) 447 definitivo], che ha determinato l'adozione del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo (GU 2003, L 50, pag. 1). Quest'ultima relazione precisava altresì che i criteri introdotti da tale regolamento, tra cui figurava l'attraversamento irregolare della frontiera di uno Stato membro, si fondavano in particolare sull'idea che ogni Stato membro è responsabile, nei confronti di tutti gli altri Stati membri, della sua politica in materia di ingresso e di soggiorno di cittadini di paesi terzi e deve assumerne le conseguenze con spirito di solidarietà e di leale cooperazione.

89 Alla luce di tali elementi, i criteri di cui agli articoli da 12 a 14 del regolamento Dublino III non possono essere interpretati, senza rimettere in discussione l'economia generale di tale regolamento, in maniera tale da escludere la competenza dello Stato membro che ha deciso di autorizzare, invocando ragioni umanitarie, l'ingresso nel suo territorio del cittadino di un paese terzo privo di visto e che non beneficia di un'esenzione di visto.

90 Inoltre, il fatto che, come nel caso di specie, il cittadino di un paese terzo interessato sia entrato nel territorio degli Stati membri sotto la sorveglianza delle autorità competenti senza sottrarsi in alcun modo al controllo frontaliero non può essere determinante ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 1, di detto regolamento.

91 Infatti, i criteri di competenza di cui agli articoli da 12 a 14 del regolamento Dublino III hanno lo scopo non di sanzionare un comportamento illecito del cittadino di un paese terzo interessato, bensì di determinare quale sia lo Stato membro competente tenendo conto del ruolo ricoperto da tale Stato mem-

bro con riferimento alla presenza di detto cittadino nel territorio degli Stati membri.

92 Ne consegue che occorre ritenere che il cittadino di un paese terzo, ammesso nel territorio di un primo Stato membro, senza soddisfare le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, in tale Stato membro per il transito verso un altro Stato membro allo scopo di presentarvi una domanda di protezione internazionale, ha «varcato illegalmente» la frontiera di tale primo Stato membro ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III, tanto nel caso in cui tale attraversamento sia stato tollerato o autorizzato in violazione delle norme applicabili, quanto nell'ipotesi in cui sia stato autorizzato invocando ragioni umanitarie e in deroga alle condizioni di ingresso generalmente imposte ai cittadini di paesi terzi.

93 La circostanza che l'attraversamento della frontiera abbia avuto luogo in una situazione caratterizzata dall'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendono ottenere protezione internazionale, non è idonea a influenzare l'interpretazione o l'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III.

94 Infatti, si deve rilevare, in primo luogo, che il legislatore dell'Unione ha preso in considerazione il rischio che si verificasse una simile situazione e ha, dunque, messo a disposizione degli Stati membri strumenti diretti a consentire di rispondervi in maniera adeguata, senza tuttavia prevedere l'applicazione, in tale ipotesi, di uno specifico sistema di determinazione dello Stato membro competente.

95 Così, l'articolo 33 del regolamento Dublino III introduce un sistema di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi volto ad attuare azioni preventive dirette, in particolare, a evitare che l'applicazione di tale regolamento sia ostacolata da un rischio comprovato di speciale pressione sul sistema di asilo di uno Stato membro.

96 Al contempo, l'articolo 3, paragrafo 1, di detto regolamento prevede l'applicazione della procedura definita dallo stesso regolamento a ogni domanda di protezione internazionale presentata dal cittadino di un paese terzo o da un apolide nel territorio di un qualsivoglia Stato membro, incluse le domande eventualmente presentate in una situazione caratterizzata dall'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi che intendono ottenere protezione internazionale.

97 In secondo luogo, tale tipologia di situazioni è specificamente disciplinata dalla direttiva 2001/55, il cui articolo 18 dispone che, in caso di afflusso massiccio di sfollati, si applicano i criteri e le procedure di determinazione dello Stato membro competente.

98 In terzo luogo, l'articolo 78, paragrafo 3, TFUE consente al Consiglio dell'Unione europea, su proposta della Commissione europea e previa consultazione del Parlamento europeo, di adottare misure

temporanee a beneficio dello o degli Stati membri che debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi.

99 Il Consiglio ha così adottato, sul fondamento dell'articolo 78, paragrafo 3, TFUE, le decisioni (UE) 2015/1523, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia (GU 2015, L 239, pag. 146), e (UE) 2015/1601, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia (GU 2015, L 248, pag. 80).

100 In quarto luogo, a prescindere dall'adozione di tali misure, la presa a carico, in uno Stato membro, di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi che intendono ottenere protezione internazionale può anche essere agevolata dall'esercizio, da parte di altri Stati membri, unilateralmente o di concerto con lo Stato membro interessato nello spirito di solidarietà sotteso al regolamento Dublino III ai sensi dell'articolo 80 TFUE, della facoltà, di cui all'articolo 17, paragrafo 1, di tale regolamento, di decidere di esaminare domande di protezione internazionale che gli sono presentate, sebbene tale esame non competeva loro in virtù dei criteri stabiliti da tale regolamento.

101 In ogni caso, è opportuno rammentare che, in applicazione dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, del medesimo regolamento e dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il trasferimento di un richiedente protezione internazionale verso lo Stato membro competente non deve essere operato qualora tale trasferimento comporti un rischio reale che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale articolo 4 (v., in tal senso, sentenza del 16 febbraio 2017, C.K. e a., C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, punto 65). Un trasferimento non potrebbe dunque essere eseguito se, a seguito dell'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi che intendono ottenere una protezione internazionale, sussistesse un rischio di tale genere nello Stato membro competente.

102 Dall'insieme delle considerazioni che precedono emerge che occorre rispondere alla prima questione, alla seconda questione, lettera e), e alla terza questione, lettere da a) a c) e h), dichiarando che l'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III deve essere interpretato nel senso che occorre considerare che il cittadino di un paese terzo, il cui ingresso è stato tollerato dalle autorità di un primo Stato membro che si trovavano di fronte all'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendevano transitare in tale Stato membro allo scopo di presentare una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, senza soddisfare le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio,

in tale primo Stato membro, ha «varcato illegalmente» la frontiera di detto primo Stato membro ai sensi di tale disposizione.

Sulla seconda questione, lettere da b) a d), nonché sulla terza questione, lettere da e) a g)

103 Tenuto conto della risposta fornita alle altre questioni, non occorre rispondere né alla seconda questione, lettere da b) a d), né alla terza questione, lettere da e) a g).

Sulle spese

104 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 (Grande Sezione) dichiara:

1) L'articolo 12 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera m), di tale regolamento, deve essere interpretato nel senso che il fatto, per le autorità di un primo Stato membro che si trovano di fronte all'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendono transitare in tale Stato membro allo scopo di presentare una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, di tollerare l'ingresso sul territorio di tali cittadini, che non soddisfano le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, in tale primo Stato membro, non deve essere qualificato come «visto» ai sensi di detto articolo 12.

2) L'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento n. 604/2013 deve essere interpretato nel senso che occorre considerare che il cittadino di un paese terzo, il cui ingresso è stato tollerato dalle autorità di un primo Stato membro che si trovavano di fronte all'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendevano transitare in tale Stato membro allo scopo di presentare una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, senza soddisfare le condizioni di ingresso imposte, in linea di principio, in tale primo Stato membro, ha «varcato illegalmente» la frontiera di detto primo Stato membro ai sensi di tale disposizione.

La Corte è stata chiamata a dare una prima risposta al fenomeno dell'ingente numero di persone provenienti da Paesi afflitti da guerre e persecuzioni richiedenti la protezione agli Stati dell'Unione Europea.

Il rinvio pregiudiziale operato dalla Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa, Austria) ha costituito un incidente nel procedimento di espulsione di due cittadine afgane che avevano lasciato l'Afghanistan nel mese di dicembre 2015 con i loro figli, viaggiando attraverso l'Iran, la Turchia, la Grecia, l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia e la Serbia.

Si apprende dalla lettura delle conclusioni dell'Avvocato Generale che le ricorrenti, due sorelle, ed i loro tre figli dai 2 ai 10 anni di età, sono fuggite insieme dall'Afghanistan perché i loro mariti erano stati presi dai Talebani e costretti a combattere nell'esercito talebano; essendosi rifiutati di fare ciò, sono stati uccisi. I rispettivi suoceri delle due ricorrenti hanno poi segregato le donne in casa: uno riteneva che la segregazione in casa della nuora si confacesse ai dettami religiosi, l'altro riteneva che sarebbe stato più sicuro per la nuora non uscire dall'abitazione. Il padre delle ricorrenti è riuscito ad organizzarne la fuga dall'Afghanistan.

Le ricorrenti hanno dichiarato di temere che nell'ipotesi del loro ritorno in Afghanistan sarebbero nuovamente segregate dalle rispettive famiglie e sarebbero inoltre esposte al rischio di lapidazione.

Giunte in Serbia, hanno varcato la frontiera tra quest'ultimo Stato e la Croazia. Quindi le autorità croate hanno organizzato il loro trasferimento, in autobus, fino alla frontiera slovena. Valicata la frontiera, le autorità slovene hanno consegnato loro documenti di polizia che indicavano che la rispettiva destinazione di viaggio erano la Germania e l'Austria, Stati che fino a quel momento avevano dichiarato di voler accogliere rifugiati anche in deroga alle competenze stabilite dal regolamento Dublino III¹. Qui giunte, le ricorrenti hanno presentato alle autorità locali, nell'interesse loro e dei loro figli, domande di protezione internazionale, ignorando che la politica di apertura era cessata.

È seguita un acceso contraddittorio tra le autorità austriache e quelle slovene, con le prime che contestavano la propria competenza ad esaminare la richiesta di protezione. Le autorità slovene hanno risposto affermando che i cittadini di paesi terzi in questione non erano registrati in Slovenia e che essi avevano attraversato la Slovenia in provenienza dalla Croazia.

Le autorità austriache hanno quindi chiesto alle autorità croate di prendersi carico delle ricorrenti e dei loro figli ai sensi dell'articolo 21 del regolamento Dublino III. Le autorità croate non hanno dato seguito a tale richiesta, pur essendo state più volte sollecitate dai competenti organismi austriaci.

Le autorità austriache hanno quindi dichiarato le domande di protezione internazionale presentate dalle

ricorrenti irricevibili, hanno disposto l'allontanamento delle stesse e dei loro figli e hanno stabilito il loro ritrasferimento verso la Croazia. Tali decisioni si fondavano sul fatto che i cittadini di paesi terzi interessati sarebbero entrati irregolarmente in Grecia e in Croazia e che il loro trasferimento verso la Grecia sarebbe escluso a causa delle carenze sistemiche nel procedimento di asilo in tale Stato membro.

Le ricorrenti hanno impugnato tali decisioni dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo federale austriaco) che però ha respinto i loro ricorsi rilevando, in particolare, che, in assenza di visto, il loro ingresso in Croazia doveva essere ritenuto irregolare in considerazione dei requisiti stabiliti dal codice frontiere Schengen e che nessun argomento poteva essere tratto dall'ammissione in Croazia degli interessati in violazione di tali requisiti.

Le ricorrenti hanno proposto impugnazioni contro tale decisione dinanzi al giudice del rinvio facendo valere, segnatamente, di essere state ammesse in Croazia, in Slovenia e in Austria ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), di tale codice, secondo cui, anche in assenza delle altre condizioni, i cittadini di Paesi terzi possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali.

I Giudici austriaci hanno sottoposto un complesso quesito alla Corte chiedendo in buona sostanza di chiarire se essi dovessero tener conto di altre basi giuridiche oltre che regolamento Dublino III; se potessero equiparare al "visto" l'ingresso tollerato di fatto nel proprio territorio nazionale da uno Stato membro; se l'attraversamento tollerato fosse da considerare un attraversamento illegale; se, nelle condizioni particolari in cui si sono svolti i fatti, caratterizzati dal fatto di svolgersi in un periodo in cui le autorità nazionali degli Stati prevalentemente coinvolti si trovavano di fronte ad un numero straordinariamente elevato di persone che richiedevano il transito attraverso il loro territorio nazionale, l'ingresso nel territorio di uno Stato membro – di fatto tollerato senza un esame delle circostanze del caso di specie – che doveva avvenire soltanto allo scopo del transito proprio attraverso tale Stato membro e della presentazione di una domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro, debba essere considerato come autorizzazione all'ingresso ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen; se dall'autorizzazione all'ingresso ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen² consegua che si debba ritenere esistente un permesso equiparabile ad un visto ai sensi della lett. b) del medesimo articolo e

¹ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) n. 604/2013, pubblicato nella G.U.U.E. 29 giugno 2013, n. L 180.

² Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) n. 2016/399, pubblicato nella G.U.U.E. 23 marzo 2016, n. L 77.

quindi un “visto” ai sensi dell’articolo 2, lettera m), del regolamento Dublino III.

La Corte ha chiarito preliminarmente che la nozione di «visto», ai sensi del regolamento Dublino III, comprende non soltanto i visti per soggiorni di breve durata e di transito aeroportuale, le cui procedure e condizioni di rilascio sono armonizzati dal codice dei visti, ma anche i visti per soggiorni di lunga durata che non rientrano nell’ambito di applicazione di tale codice e possono, nell’attuale assenza di misure generali adottate dal legislatore dell’Unione sul fondamento dell’articolo 79, paragrafo 2, lettera a), TFUE, essere rilasciati in base alle normative nazionali³.

La Corte ha però ricordato che ai sensi dell’art. 2 lett. m del regolamento Dublino III un visto è un’«autorizzazione o [una] decisione di uno Stato membro» che è «necessaria per il transito o per l’ingresso» nel territorio di tale Stato membro o in diversi Stati membri.

L’interpretazione letterale della norma ha condotto quindi i Giudici lussemburghesi a ritenere che, da un lato, la nozione di visto rimanda a un atto formalmente adottato da un’amministrazione nazionale, e non a una semplice tolleranza, e che, dall’altro, il visto non coincide con l’ammissione nel territorio di uno Stato membro, poiché il visto è richiesto proprio al fine di consentire tale ammissione.

La Corte ha quindi esaminato la questione se una situazione caratterizzata dall’arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi che intendono ottenere protezione internazionale possa modificare tale conclusione. La risposta della Corte è stata che occorre distinguere “la facoltà di autorizzare l’ingresso sul territorio per ragioni umanitarie, prevista all’articolo 5, paragrafo 4, lettera c), del codice frontiere Schengen⁴, da quella di rilasciare, per le medesime ragioni, un visto con validità territoriale limitata, di cui all’articolo 25, paragrafo 1, lettera a), del codice dei visti⁵. Benché l’articolo 35, paragrafo 4, di detto codi-

³ C.G.U.E. 7 marzo 2017, X e X, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, punti 41 e 44.

⁴ Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) – normativa non più in vigore, anche se applicabile al caso in esame, perché sostituita dal Regolamento (UE) 2016/399.

⁵ Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti) (G.U.U.E. 15 settembre 2009, L 243). Un visto con validità territoriale limitata può essere concesso quando, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali, lo Stato membro interessato ritiene necessario: derogare al principio dell’adempimento delle condizioni di ingresso di cui all’articolo 5, paragrafo 1, lettere a), c), d) ed e), del codice frontiere Schengen; rilasciare un visto nonostante l’opposizione al rilascio di un visto uniforme manifestata dallo Stato membro consultato a norma dell’articolo 22; rilasciare un visto per motivi di urgenza benché non abbia avuto luogo la consultazione preliminare a norma dell’articolo 22; quando, per motivi ritenuti giustificati dal consolato, viene

ce permetta, certamente, a determinate condizioni, di rilasciare un visto di tal genere alla frontiera, l’ingresso nel territorio deve allora, in taluni casi, essere autorizzato in base all’articolo 5, paragrafo 4, lettera b)⁶, del codice frontiere Schengen e non ai sensi dell’articolo 5), paragrafo 4), lettera c)⁷, di tale codice. Orbene, nel caso di specie, è pacifico che l’articolo 5, paragrafo 4), lettera b), di detto codice non è applicabile”.

Deve rilevarsi che sul punto la Corte non ha seguito le conclusioni opposte cui era giunto l’Avvocato Generale.

La Corte ha quindi posto l’attenzione sull’ulteriore questione se l’ingresso nel territorio di uno Stato membro tollerato dalle autorità di quello Stato debba considerarsi come attraversamento irregolare della frontiera.

La Corte esaminata la normativa di riferimento ha concluso che il legislatore unionale non ha definito la nozione di attraversamento irregolare della frontiera e che dunque le compete delinearne la nozione⁸.

I Giudici lussemburghesi hanno ritenuto che se il singolo Stato membro ha la facoltà di concedere l’ingresso limitato al proprio territorio per ragioni umanitarie in deroga alle disposizioni previste dal Codice frontiere Schengen, l’ingresso consentito da tali autorità al solo scopo di permettere il transito dei cittadini di Paesi terzi in un altro Stato membro non può in alcun modo ritenersi regolare. Tanto più che la tolleranza al valico della frontiera non può, come già detto, essere equiparata al rilascio di un visto.

rilasciato un nuovo visto per un soggiorno durante un semestre nel corso del quale il richiedente ha già utilizzato un visto uniforme o un visto con validità territoriale limitata per un soggiorno di tre mesi.

⁶ Il testo dell’art. 5, § 4, lett. b) così prescriveva: “i cittadini di paesi terzi che soddisfano le condizioni di cui al paragrafo 1, salvo la lettera b), e che si presentano alla frontiera possono essere ammessi nei territori degli Stati membri se è stato loro rilasciato un visto alla frontiera a norma del regolamento (CE) n. 415/2003 del Consiglio, del 27 febbraio 2003, relativo al rilascio di visti alla frontiera, compreso il rilascio di visti a marittimi in transito.

I visti rilasciati alla frontiera sono riportati in un elenco. Se non è possibile apporre un visto sul documento, esso è apposto, in via eccezionale, su un foglio separato inserito nel documento. In tal caso viene utilizzato il modello uniforme di foglio per l’apposizione di un visto istituito dal regolamento (CE) n. 333/2002 del Consiglio, del 18 febbraio 2002, relativo ad un modello uniforme di foglio utilizzabile per l’apposizione di un visto rilasciato dagli Stati membri a persone titolari di un documento di viaggio non riconosciuto dallo Stato membro che emette il foglio.

⁷ Il testo dell’art. 5 §4, lett. c) era il seguente: i cittadini di paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni di cui al paragrafo 1 possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. Qualora il cittadino di paese terzo interessato sia oggetto di una segnalazione di cui al paragrafo 1, lettera d), lo Stato membro che ne autorizza l’ingresso nel suo territorio ne informa gli altri Stati membri.

⁸ CGUE 30 gennaio 2014, Diakité, C-285/12, EU:C:2014:3.

Risolto negativamente per le ricorrenti anche sotto tale profilo il quesito, la Corte ha però tenuto a precisare che: a) il regolamento Dublino III è finalizzato esclusivamente alla individuazione dello Stato membro competente a decidere sulla concessione della protezione internazionale; b) nulla vieta, in uno spirito di solidarietà, che altri Stati membri, pur non competenti, possano esaminare la richiesta di concessione di protezione internazionale; c) il trasferimento di un richiedente protezione internazionale verso lo Stato membro competente non deve essere operato qualora tale trasferimento comporti un rischio reale che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹. Un trasferimento non potrebbe dunque essere eseguito se, a seguito dell'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi che intendono ottenere una protezione internazionale, sussista un rischio di tale genere nello Stato membro competente.

Deve rilevarsi la posizione dell'Avvocato Generale il quale ha rilevato che il regolamento Dublino III fosse stato pensato per affrontare l'accesso nel territorio unionale da parte del singolo esule richiedente protezione che fosse giunto per via aerea, mentre la situazione di fatto che gli Stati membri della frontiera Sud dell'Unione, Italia, Malta, Grecia, e in misura minore Spagna, ed Est, i paesi balcanici hanno dovuto affrontare, ha interessato molte centinaia di migliaia di persone, mostrando l'inadeguatezza del sistema Dublino¹⁰ sotto tale profilo.

Giova rilevare che la posizione del Governo italiano circa la necessità di interpretare la normativa europea alla luce della Convenzione di Ginevra è stata fatta propria dall'Avvocato Generale che l'ha pienamente condivisa.

⁹ CGUE 16 febbraio 2017, C.K. e a., C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, punto 65.

¹⁰ Per sistema Dublino si intende il complesso delle norme date dalla Convenzione di Dublino (Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee; GU 1997, C 254, pag. 1), sostituita dal Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003 (GU 2003, L 50, pag. 1 «il regolamento Dublino II») e infine dal regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (GU 2013, L 180, pag. 31, «regolamento Dublino III»).

a cura di
Michele Corleto
 Ricercatore di Diritto Internazionale

Celeste Pesce
 Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Francesco Romanelli
 Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

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

Violazione del diritto ad un equo processo – Violazione dell'articolo 6 l'art. 6 par.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Art. 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

I Giudici europei hanno ritenuto che il rifiuto della Corte Suprema di riaprire il procedimento non aveva alterato le conclusioni della prima pronuncia europea e che i motivi su cui essa era stata fondata rientravano nel margine di apprezzamento del giudice nazionale.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), ricorso n. 19867/12 sentenza 11 luglio 2017.

La Corte di Strasburgo è stata chiamata a decidere su una sospetta violazione del diritto ad un equo processo, la Corte ha ritenuto la questione infondata, ritenendo che nel caso di specie non fu violato l'art. 6 par.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Più in dettaglio, la sentenza affronta e risolve il tema della sussistenza o meno di un diritto in capo al cittadino, e del corrispondente obbligo dello Stato membro, alla riapertura di un procedimento giurisdizionale interno ogni volta che la stessa Corte EDU abbia in esso ravvisato una violazione della Convenzione.

La Corte è pervenuta alla conclusione che tale diritto non possa di per sé ritenersi sussistente, nemmeno alla luce dell'art. 46 della Convenzione, che sancisce la forza vincolante delle sentenze della Corte.

I fatti in breve: la signora *Moreira Ferreira*, cittadina portoghese, era tratta a giudizio per fatti di ingiuria e minacce. Una perizia disposta nel corso del processo affermava che la ricorrente, pur disponendo di limitate capacità intellettuali e cognitive, doveva essere ritenuta imputabile per i suoi atti. Con una sentenza pronunciata il 23 marzo 2007, la ricorrente era dunque condannata, tanto agli effetti penali, quanto al pagamento dei danni alle vittime.

La ricorrente, in sede di impugnazione, asseriva di non sapere della rilevanza penale dei suoi atti e chiedeva una pronuncia assolutoria. All'udienza avanti la Corte di appello prendevano parte il Procuratore ed il difensore della ricorrente, mentre non aveva luogo l'esame dell'imputato. Con sentenza del 19 dicembre 2007 il Giudice di appello confermava la condanna della ricorrente, pur riducendone la pena. Ciò disponeva, ritenendo non necessaria una nuova valutazione dei fatti.

La signora *Moreira Ferreira* presentava ricorso presso la Corte EDU, lamentando di non essere stata personalmente sentita dalla Corte d'appello. La Corte, con sentenza pronunciata il 5 luglio 2011, dichiarava sussistente la violazione dell'art. 6 par.1.

Contestualmente, il 18 ottobre 2011, la *Moreira Ferreira* presentava una domanda di revisione presso la Corte Suprema, sostenendo che la sentenza della corte di appello del 19 dicembre 2007 era incompatibile con la decisione della Corte EDU del 5 luglio 2011. La Corte Suprema rigettava la domanda di revisione, sostenendo che la mancata disposizione dell'esame dell'imputato avesse costituito una mera irregolarità procedurale, e che dunque, secondo il diritto processuale portoghese, non vi fossero i presupposti per l'ammissione alla revisione. Di qui, un nuovo ricorso alla Corte EDU, per violazione del diritto all'equo processo.

Investita di questo secondo ricorso, la Corte ha rilevato che, sebbene la questione proposta alla Corte Suprema portoghese certamente riguardasse l'esecuzione di una sentenza della Corte EDU del 2011, tale questione era al tempo stesso nuova agli occhi del giudice nazionale: la censura avanzata dalla ricorrente riguardava, infatti, i motivi di rigetto della domanda di revisione formulati dalla Corte suprema portoghese.

I Giudici hanno quindi ritenuto che, nell'esaminare della domanda di revisione, la Corte suprema aveva affrontato una questione nuova, vale a dire la validità della condanna della ricorrente alla luce della constatazione di una violazione del diritto ad un processo equo. La presunta irregolarità nella valutazione sull'ammissione alla revisione, e, più in particolare, gli errori che la ricorrente lamentava avessero alterato il ragionamento della Corte suprema, costituivano pertanto questioni nuove rispetto alla precedente sentenza della Corte.

La Corte EDU ha, inoltre, osservato che la Corte suprema aveva svolto nuova valutazione sulla questione dell'assenza della ricorrente all'udienza e sulle conseguenze di tale assenza per la validità della condanna. Sulla scorta di tale valutazione, il Giudice di legittimità aveva quindi dichiarato che la sentenza del giudice nazionale non era incompatibile con la sentenza della Corte europea, e, ritenendo che la validità della condanna non era controversa, aveva concluso confermando la pronuncia di secondo grado.

In virtù di tale nuovo accertamento, le garanzie dell'art. 6 par. 1 della Convenzione dovevano ritenersi applicabili al procedimento dinanzi alla Corte Suprema.

Inoltre, la Corte suprema aveva ritenuto che l'irregolarità procedurale constatata dai Giudici di Strasburgo, non fosse sufficiente grave da pregiudicare la compatibilità della sentenza di condanna con la decisione della Corte europea. Infine, ai sensi del diritto nazionale l'accertata irregolarità non concede alcun diritto alla riapertura del procedimento.

La Corte ha ritenuto che l'interpretazione della legge portoghese offerta dalla Corte suprema, pur avendo l'effetto di limitare il diritto alla revisione del procedimento, non fosse tuttavia arbitraria. Essa, infatti, da un lato è sostenuta dalla costante giurisprudenza della Corte EDU, orientata a sostenere che la Convenzione non garantisce il diritto alla riapertura del procedimento, dall'altro lato si giustifica per la mancanza di un approccio uniforme tra gli Stati membri in merito ai meccanismi di revisione delle sentenze.

La Corte ha, poi, sottolineato che nella propria pronuncia del 5 luglio 2011, essa stessa aveva affermato che la riapertura del procedimento rappresentava in linea di principio un modo appropriato per risolvere la violazione, ancorché non per forza necessario o esclusivo. In tale occasione, i Giudici di Strasburgo avevano quindi evitato di imporre indicazioni vincolanti su come eseguire la propria sentenza ed avevano lasciato allo Stato un ampio margine di manovra sul punto. Di conseguenza, la riapertura dei procedimenti non costituiva l'unica via per eseguire la sentenza della Corte del 5 luglio 2011; al più essa rappresentava l'opzione più desiderabile. Non-dimeno, l'opportunità di percorrere questa via rimaneva oggetto di valutazione da parte dei giudici nazionali, alla luce del diritto interno e delle circostanze particolari del caso.

La Corte ha dunque negato che la lettura operata dalla Corte suprema interna della sentenza del 2011 si sia fondata su un errore manifesto in fatto o in diritto, con conseguente negazione di un equo processo.

In conclusione, i Giudici europei hanno ritenuto che il rifiuto della Corte Suprema di riaprire il procedimento, come richiesto dalla ricorrente Moreira Ferreira, non aveva alterato le conclusioni della prima pronuncia europea e che i motivi su cui essa era stata fondata rientravano nel margine di apprezzamento del giudice nazionale.

Di qui, la conclusione che non vi fu violazione dell'articolo 6 par. 1 della Convenzione.

Misure di austerità – violazione del diritto di proprietà – Diritto di proprietà garantito dall'articolo 1 del Prot. n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Violazione dell'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Divieto di ogni forma di discriminazione.

Le misure di austerità decise da un Governo per fronteggiare una grave crisi economica sono compatibili con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A patto, però, che siano proporzionate e delimitate sotto il profilo temporale.

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mockeina v. Lituania* del ricorso n. 75916/13, sentenza del 27 luglio 2017.

La Corte di Strasburgo ha affermato che il taglio alle pensioni deciso dalla Lituania non contrasta con il diritto di proprietà garantito dall'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea. E questo, in particolare, se i tagli riguardano una pensione per la quale non è stato versato alcun contributo.

Era stata un'agente penitenziaria in pensione a presentare ricorso perché, a seguito della grave crisi economica mondiale, la Lituania aveva adottato una legge con la quale le cosiddette pensioni di servizio, corrisposte per le attività a favore dello Stato, dovevano essere ridotte. La donna aveva subito una riduzione del 15% per un periodo di 3 anni e la Corte costituzionale aveva ritenuto legittimo il sistema. Di qui il ricorso alla Corte europea che, però, ha dato torto alla donna e dichiarato il ricorso irricevibile. Nessun dubbio – osserva la Corte – che la misura statale è un'ingerenza nel diritto di proprietà della dipendente che, per di più, aveva una legittima aspettativa a ricevere la pensione. Giusto, quindi, invocare l'art. 1 del Protocollo n. 1 perché la donna era titolare di un diritto alla pensione di servizio grazie alla quale percepiva 247 euro. Detto questo, però Strasburgo ritiene che, a causa del deficit e della grave crisi economica, l'ingerenza delle autorità lituane, che aveva portato

a una decurtazione della pensione di servizio, persegue un fine legittimo perché ha, come obiettivo, la tutela di un interesse pubblico come la riduzione della spesa pubblica. Senza dimenticare che le autorità lituane hanno raggiunto un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali della ricorrente e l'interesse generale della società, inclusa la necessità di garantire altre prestazioni. D'altra parte – osserva la Corte – la riduzione è stata limitata dal punto di vista dell'entità e degli effetti temporali perché, in base alle regole introdotte, la riduzione non poteva estendersi per un periodo superiore ai 4 anni. Le misure lituane superano, poi, il vaglio della Corte circa la proporzionalità dell'ingerenza. La riduzione dell'importo della pensione di servizio, infatti, non privava la donna dei mezzi di sussistenza, situazione che avrebbe comportato una violazione della Convenzione. Inoltre, la Corte considera che i tagli riguardavano un vantaggio particolare concesso a una determinata categoria di persone che, per di più, non era legato ad alcun versamento di contributi. In pratica, la ricorrente manteneva la sua pensione, ma aveva perso unicamente un beneficio. Una serie di elementi che fa dire alla Corte che non si è verificata una violazione del diritto di proprietà.

Esclusa anche la violazione dell'art. 14 che vieta ogni forma di discriminazione anche perché, per la Corte, non è possibile paragonare categorie diverse ossia coloro che ricevono una pensione di servizio e chi ha una pensione di vecchiaia.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Procedimento pregiudiziale d'urgenza – Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Mandato d'arresto europeo – Decisione quadro 2002/584/GAI – Procedure di consegna tra Stati membri – Condizioni di esecuzione – Motivi di non esecuzione facoltativa – Articolo 4 bis, paragrafo 1, inserito dalla decisione quadro 2009/299/GAI – Mandato d'arresto emesso ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà – Nozione di "processo terminato con la decisione" – Interessato comparso personalmente nel primo grado di giudizio – Procedimento in grado d'appello comportante un nuovo esame del caso nel merito – Mandato d'arresto che non fornisce informazioni atte a verificare se i diritti della difesa della persona condannata siano stati rispettati durante il procedimento d'appello.

Qualora lo Stato membro di emissione abbia previsto una procedura penale che comporti diversi gradi di giudizio e che possa quindi dare luogo a decisioni giudiziarie in successione tra loro, almeno una delle quali sia stata resa in contumacia, la nozione di «processo terminato con la decisione» ai sensi dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 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, deve essere interpretata nel senso che essa riguarda il solo grado di giudizio all'esito del quale è stata emessa la decisione che ha statuito definitivamente sulla colpevolezza dell'interessato nonché sulla sua condanna ad una pena, quale una misura privativa della libertà, in seguito ad un nuovo esame del merito della causa tanto in fatto quanto in diritto.

Corte giust., Quinta Sezione, 10 agosto 2017, causa C-270/17 PPU, *Tupikas*¹.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 4 bis, par. 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 (in seguito: "decisione quadro").

Il dubbio interpretativo ha origine a seguito della decisione di mandato d'arresto europeo emessa dal Klaipėdos apygardos teismas (Lituania) (in seguito: tribunale regionale di Klaipėda), ai fini dell'esecuzione, in Lituania, di una pena privativa della libertà.

A parere del giudice del rinvio, la decisione MAE menziona l'esistenza di una sentenza esecutiva di primo grado, confermata in appello. Tuttavia, la stessa non fornisce informazioni sullo svolgimento del processo d'appello. Di qui il dubbio se detta decisione quadro si applichi soltanto al processo di primo grado o anche a quello d'appello.

Mediante la questione sollevata, il giudice del rinvio mira, dunque, a stabilire la portata della nozione di «processo terminato con la decisione» ai sensi dell'art. 4-bis, par. 1, della decisione quadro nell'ipotesi in cui nello Stato membro di emissione del mandato d'arresto europeo siano state pronunciate diverse decisioni giudiziarie, almeno una delle quali senza che l'interessato sia comparso personalmente al processo. Il giudice *a quo* chiede se sia il procedimento d'appello a dover essere considerato determinante per le finalità dell'applicazione della suddetta disposizione.

Il giudice lussemburghese ricorda, in primo luogo, che la decisione quadro si fonda sul principio del reciproco ri-

¹ Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: <http://curia.europa.eu/>.

conoscimento e, quindi, sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri ai fini della realizzazione dell'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (CGUE sent. del 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, punti da 25 a 28). Pertanto, gli Stati membri sono obbligati a dare esecuzione ad ogni mandato d'arresto conformemente alle disposizioni della stessa decisione quadro. Nondimeno, «le autorità giudiziarie dell'esecuzione possono ... rifiutarsi di eseguire un siffatto mandato solo nei casi, tassativamente elencati, di non esecuzione previsti dalla decisione quadro 2002/584 e possono subordinare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo esclusivamente a una delle condizioni da essa tassativamente previste. Di conseguenza, dato che l'esecuzione del mandato d'arresto europeo costituisce il principio, il rifiuto di esecuzione è concepito come un'eccezione che dev'essere oggetto di interpretazione restrittiva (sent. del 29 giugno 2017, *Popławski*, C-579/15, EU:C:2017:503, punto 19 e giurisprudenza ivi citata)».

Come risulta dalla formulazione dell'art. 4 bis, par. 1 della decisione quadro, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ha la facoltà di rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione, salvo che il MAE indichi che sono soddisfatte le condizioni enunciate, rispettivamente, alle lettere da a) a d), di tale disposizione. Ne deriva che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a procedere all'esecuzione di un MAE, nonostante l'assenza dell'interessato al processo terminato con la decisione, in presenza di una delle circostanze previste all'art. 4-bis, par. 1, lett. a), b), c) o d), della decisione quadro. Limitatamente ai fatti di causa, l'art. 4-bis, par. 1, lett. a) e b), della decisione quadro prevede che, qualora la persona condannata in contumacia sia stata informata, a tempo debito, della fissazione del processo e del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione, oppure, essendo al corrente della data fissata per il processo, abbia conferito mandato ad un difensore per patrocinarla in giudizio, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a procedere alla consegna di tale persona.

Lo scopo resta garantire un livello elevato di tutela e «consentire all'autorità dell'esecuzione di procedere alla consegna dell'interessato nonostante la sua assenza nel processo terminato con la sua condanna, pur rispettando pienamente i suoi diritti della difesa (sent. del 24 maggio 2016, *Dworzecki*, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346, punto 37). In altri termini, i principi di fiducia e riconoscimento reciproci sui quali si fonda detta decisione quadro non possono affievolire in nessun modo i diritti fondamentali garantiti alle persone interessate. Infatti, si deve ricordare che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, le norme di diritto derivato dell'Unione devono essere interpretate e applicate nel rispetto dei diritti fondamentali (v., in particolare, sent. del 16 febbraio 2017, *C.K. e a.*, C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, punto 59), di cui fanno parte integrante il rispetto dei diritti della difesa, che derivano dal diritto a un processo equo sancito agli artt. 47 e 48 della Carta nonché all'art. 6 della CEDU. Allo stesso modo, l'art. 1, par. 3, della decisione quadro 2002/584 dispone che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 [UE] non può essere modificat[o] per effetto della presente decisione quadro».

Pertanto, il giudice dell'Unione evidenzia che l'interpretazione della decisione quadro deve tener conto del rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate, senza pregiudizio per l'efficacia della cooperazione giudiziaria tra gli Stati UE, di cui il MAE costituisce uno degli elementi essenziali.

Al riguardo, «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, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione (sent. del 24 maggio 2016, *Dworzecki*, C-108/16 PPU, EU:C:2016:346, punto 28 e giurisprudenza ivi citata)».

Ciò posto, la Corte di giustizia chiarisce che per «processo terminato con la decisione» si intende una nozione autonoma del diritto dell'Unione, da interpretarsi in modo uniforme sul territorio di quest'ultima, indipendentemente dalle sue qualificazioni negli Stati membri e da determinarsi in ragione del contesto giuridico di riferimento.

Pertanto, la Corte UE statuisce che l'espressione «processo terminato con la decisione» indica il procedimento che ha condotto alla decisione giudiziaria recante la condanna definitiva della persona di cui è chiesta la consegna nell'ambito dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo. Una tale interpretazione è, del resto, conforme a quella del «processo conclusosi con la (...) condanna» cui la Corte si era riferita nel caso *Dworzecki* (CGUE sent. del 24 maggio 2016, causa C-108/16 PPU, EU:C:2016:346) per fini analoghi a quelli di causa. «Del resto, sebbene la decisione di condanna definitiva possa, in certi casi, confondersi con la decisione penale esecutiva, tale aspetto resta disciplinato dalle diverse norme di procedura nazionali, in particolare laddove si siano susseguite le pronunce di diverse decisioni all'esito di gradi di giudizio successivi. Così, qualora ... lo Stato membro di emissione abbia istituito un sistema di doppio grado di giudizio, di modo che la procedura penale comporti diversi gradi e possa dar luogo a decisioni giudiziarie in successione tra loro, occorre determinare ... quale tra esse debba essere considerata come recante la condanna definitiva».

La Corte di giustizia completa il percorso argomentativo volgendo lo sguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, da un lato, lega al termine «condanna» – ai sensi della CEDU – una dichiarazione di colpevolezza, conseguente all'accertamento, con le modalità previste per legge, della commissione di un reato, e l'irrogazione di una pena o di un'altra misura privativa della libertà. Dall'altro lato, ha giudicato in più occasioni che, quando è previsto un procedimento d'appello, esso deve rispettare le garanzie derivanti dall'articolo 6 della CEDU, in particolare quando il gravame avverso la decisione di primo grado conferisca piena giurisdizione e il giudice di secondo grado abbia competenza per procedere a un nuovo esame del caso, valutando la fondatezza delle accuse in fatto e in diritto e, quindi, per statuire sulla colpevolezza o sull'innocenza della persona interessata sulla base degli elementi di prova prodotti. Da tale giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta altresì che, quando sono previsti due gradi di giudizio, il fatto che l'interessato abbia potuto in concreto esercitare i suoi diritti della difesa in primo grado non permette di concludere che egli abbia necessariamente beneficiato delle garanzie previste dall'art. 6 della CEDU qualora il secondo grado di giudizio si sia svolto in sua assenza.

Di conseguenza, nel caso in cui il procedimento abbia comportato vari gradi che hanno dato luogo a decisioni in successione tra loro, almeno una delle quali sia stata pronunciata in contumacia della persona interessata, per «processo terminato con la decisione» occorre intendere il procedimento che ha condotto all'ultima di tali decisioni, a condizione che il giudice in causa abbia statuito in modo definitivo in merito alla colpevolezza dell'interessato e l'abbia condannato a una pena, quale una misura privativa della libertà, in seguito a un esame tanto in fatto quanto in diritto degli elementi a carico e a discarico, il che include, all'occorrenza, la presa in considerazione della situazione individuale del medesimo interessato. Siffatta interpretazione è pienamente in linea con le esigenze del rispetto dei diritti della difesa. È infatti la decisione giudiziaria che statuisce definitivamente nel merito della causa, nel senso che essa non è soggetta ad alcun gravame ordinario, ad essere determinante per l'interessato, poiché incide direttamente sulla sua situazione personale per quanto riguarda la dichiarazione di colpevolezza nonché, eventualmente, la determinazione della pena privativa della libertà da che egli dovrà scontare. Pertanto, è a livello di questa fase procedurale che la persona interessata deve poter esercitare pienamente i suoi diritti della difesa, in modo da far valere in modo efficace il suo punto di vista ed esercitare così un'influenza sulla decisione finale che potrebbe comportare la privazione della sua libertà individuale. L'esito a cui conduce tale procedimento è irrilevante in tale contesto.

L'interpretazione della nozione di «processo terminato con la decisione» enunciata dalla Corte facilita ed accelera la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri «sulla base dei principi di fiducia e di riconoscimento reciproci, dato che essa si focalizza sulla fase procedurale che, in seguito ad un nuovo esame nel merito del caso, è determinante per la condanna della persona interessata. Per contro, se si dovesse ritenere che una decisione anteriore a una siffatta decisione definitiva sia anch'essa atta a comportare l'applicazione dell'art. 4-*bis* della decisione quadro 2002/584, una simile interpretazione sarebbe tale da allungare inevitabilmente, o addirittura da ostacolare in modo significativo, la procedura di consegna».

Trattandosi, più in particolare, di un caso in cui il processo si è svolto nel corso di due gradi di giudizio successivi, il solo procedimento rilevante ai fini dell'art. 4-*bis*, par. 1, della decisione quadro è quello conclusosi con la decisione d'appello, a condizione che quest'ultima non sia più suscettibile di gravame ordinario e che, pertanto, statuisca definitivamente sul merito della causa.

Ordinamento giudiziario

ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO DEL GIUDICE CIVILE, BENESSERE E FLESSIBILITÀ
ORGANIZZATIVE: TRA UN MODELLO VERTICISTICO BUROCRATICO-FORMALE E UN MODELLO
SNELLO E FONDATAO SUI RISULTATI 808
di Antonio Lepre

ORDINAMENTO
GIUDIZIARIO



Organizzazione del lavoro del giudice civile, benessere e flessibilità organizzative: tra un modello verticistico burocratico-formale e un modello snello e fondato sui risultati

sommario

1. Società “liquida” e modelli processuali organizzativi “rigidi”. – **2.** Il primo problema, la determinazione del carico di ciascuna udienza: l’etero organizzazione derivante dalla citazione. Limiti e potenzialità dell’art. 168-*bis*, 5° comma, c.p.c. – **3.** Il rapporto tra le esigenze di autorganizzazione e di organizzazione dell’ufficio. Le norme che disciplinano le udienze come momento della giurisdizione riservata all’intangibile autonomia del giudice civile e le norme che disciplinano le udienze come mero momento organizzativo - burocratico riservato al potere del presidente del Tribunale e della Corte di Appello. – **4.** Il controllo sui risultati del giudice introdotto dall’art. 11 d. lgs. n. 160/2006: inammissibilità di una responsabilità individuale per etero organizzazioni. Il confronto col giudice contabile: il giudice civile figlio di un Dio minore? – **5.** I vantaggi derivanti dall’organizzazione autonoma del ruolo e delle udienze da parte del giudice: recupero della natura intellettuale della professione, semplificazioni organizzative, valorizzazione del processo telematico e responsabilizzazione del magistrato. – **6.** Le prime aperture del CSM: benessere e flessibilità organizzativa nella nuova circolare sulle tabelle.

1. Società “liquida” e modelli processuali organizzativi “rigidi”

Una breve e fatalmente carente premessa mi pare necessaria, prima di affrontare più specificamente il tema oggetto della relazione.

La crisi della giustizia civile e la sua cronica incapacità di soddisfare le esigenze dei cittadini, a mio modesto avviso, oggi non dipendono solo ed esclusivamente dall’abnorme numero di procedimenti, dalle carenze organizzative e di personale; forse, a ben vedere, a queste obiettive cause, se ne affiancano altre che hanno radici più profonde di tipo e natura più squisitamente culturali.

Alcuni indizi di quanto detto, mi pare di poterli scorgere in quelle che, a mio parere, sembrano evidenti contraddizioni.

In particolare, nonostante si assista da anni ad una economia sempre più frenetica e a fenomeni epocali quali l’immigrazione di massa e pur chiudendosi il secondo decennio del nuovo millennio, le soluzioni proposte sembrano sempre figlie di impostazioni culturali

del secolo scorso, in quanto si persevera:

- nel proporre soluzioni normative di tipo, per così dire, sovrastrutturali: continue modifiche al codice di procedura civile, come se per incanto il mutamento di un rito al posto dell’altro avesse di per sé la capacità taumaturgica di incidere positivamente sulla “struttura” e cioè sul numero delle sopravvenienze e sulla difficoltà della decisione e sulla complessità della fattispecie sostanziale;
- nel proporre soluzioni organizzative burocratico - formaliste, destinate a produrre relazioni su relazioni, udienze su udienze e ad utilizzare il poco personale di cancelleria per attività spesso del tutto inutili e rituali (si pensi a quante udienze inutili di sostanziali meri rinvii si celebrano in tutti i tribunali e corti di appello italiane);
- nell’utilizzare un processo telematico fondato su software oramai vetusti, senza neppure porsi il problema di adeguare l’impianto normativo processuale alle peculiarità del sistema informatico prescelto e al fine di valorizzarne le potenzialità;
- nell’ignorare del tutto le necessità impellenti di semplificare drasticamente interi settori del diritto civile tradizionalmente destinati ad accumulare pendenze ed arretrati²;
- nell’adottare soluzioni normative o interpretative *iper* garantiste nei confronti del debitore, in spregio peraltro del *favor creditoris* codicistico, attraverso previsioni e soluzioni procedurali tendenti a complicare il processo a partire dalle notificazioni³;

¹ Si pensi al fascicolo di parte depositato telematicamente e di fatto non più ritirabile dal difensore oppure, sotto il profilo delle potenzialità non utilizzate, alle possibilità, per così dire, di ridurre telematicamente le distanze geografiche etc.

² Si pensi al diritto successorio, ai diritti reali, oppure alla rigidità del sistema codicistico nel tipizzare in modo rigido i rimedi, come risolutori, in caso di inadempimento, etc. etc.

³ Si pensi, ad esempio, in materia fallimentare, alla invalidità della notifica del ricorso per fallimento notificato presso la sede leale e non già presso quella effettiva oppure della notifica eseguita presso la residenza anagrafica e non effettiva (cfr., *ex multis*, Cass. n. 6559 del 20/03/2014: «in tema di notifiche alle persone giuridiche, l’art. 46 cod. civ. - che stabilisce che i terzi “possono” considerare come sede, oltre a quella amministrativa, anche quella effettiva - va interpretato alla luce dei principi di buona fede, di solidarietà e della finalità, propria delle notifiche, di portare a conoscenza del destinatario gli atti processuali, cosicché il precetto normativo non può tradursi nella facoltà di non tenere conto

- nel non affrontare una seria riforma della pubblica amministrazione, che non può che partire dall'ormai anacronistica, oltre che fatalmente sfuggente, dicotomia tra diritto soggettivo e interesse legittimo, con le conseguenze, invero, paradossali di anni di processo passati ad interrogarsi sulla giurisdizione che si sarebbe dovuta adire, oppure della necessità, a fronte del medesimo fatto storico e/o evento della vita con più conseguenze giuridiche, di adire l'una e l'altra giurisdizione, per poi puntualmente proporre integralmente la domanda in tutte le giurisdizioni per evidenti ragioni di prudenza difensiva, che tuttavia finiscono col rendere complesso ciò che in ipotesi era semplice⁴;
- nel concepire soluzioni organizzative che troppo spesso muovono dal presupposto, tanto implicito quanto evidente, di sfiducia nella correttezza e operosità del singolo magistrato e che, quindi, inevitabilmente si traducono in direttive, che sviliscono la natura eminentemente intellettuale della nostra professione per trasformarla in modelli impiegatizi e non di rado gerarchizzati: si pensi alla, talvolta ossessiva, pretesa della presenza in ufficio, anche quando del tutto inutile, alle previsioni di udienze superflue, alla normativa primaria e secondaria quanto mai singolare in materia di ferie dei magistrati; soluzioni non solo sterili, ma addirittura controproducenti sotto il profilo del contenimento dei costi, della valorizzazione del capitale umano e dell'autostima e senso di utilità del singolo operatore di giustizia;

della sede effettiva conosciuta dal notificante, deponendo in tal senso la previsione di obblighi di ricerca del destinatario gravanti sull'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 148, secondo comma, cod. proc. civ. (che presuppongono, a loro volta, l'obbligo del notificante di indicare tutti gli elementi utili in suo possesso) e il disposto di cui all'art. 145 cod. proc. civ., che, non distinguendo ai fini della notificazione tra sede legale ed effettiva, comporta che quest'ultima non possa essere pretermessa ove conosciuta dal notificante, nonché, con riguardo alla materia societaria, il rilievo della conoscenza dei fatti, indipendentemente dalla loro iscrizione nel registro delle imprese, stabilito in via generale dall'art. 2193, primo comma, cod. civ. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che ha ritenuto la nullità della notifica ex art. 143 cod. proc. civ. in quanto inizialmente tentata presso la sede legale di una società e non anche presso la sede effettiva, ben conosciuta dal notificante, avendovi egli provveduto alla notificazione di precedenti atti processuali); Cass. n. 11550 del 14/05/2013: «le risultanze anagrafiche rivestono un valore meramente presuntivo circa il luogo dell'effettiva abituale dimora, il quale è accertabile con ogni mezzo di prova, anche contro le stesse risultanze anagrafiche, assumendo rilevanza esclusiva il luogo ove il destinatario della notifica dimora, di fatto, in via abituale».

⁴ Si pensi ai fenomeni espropriativi; cfr., Cass. Sez. U, Ordinanza n. 1643 del 23/01/2017: «in tema di espropriazione, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia concernente l'invocato risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento di un contratto di transazione di liti promosse dinanzi al G.A., aventi ad oggetto la parziale cessione di un immobile in favore dell'espropriante e la determinazione delle indennità spettanti per il diminuito valore della residua parte del bene, atteso che si tratta di un giudizio rientrante nella riserva di giurisdizione ordinaria sancita dalla disposizione speciale di cui all'ultima parte dell'art. 133, lett. g), del d.lgs. n. 104 del 2010, e che attiene, non già a due distinti crediti, ma unicamente alla determinazione della indennità di espropriazione, la quale, per definizione, riguarda l'intera diminuzione patrimoniale patita dal soggetto passivo per effetto del provvedimento ablativo, comprendendo, pertanto, anche il risarcimento per il deprezzamento subito dalle parti residue del bene espropriato»; Cass. Sez. U, Ordinanza n. 15471 del 15/10/2003: «le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza di atti ablativi, ai sensi dell'art. 34 della legge n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, comma primo, lett. b), legge n. 205/2000, applicabile <ratione temporis>, vanno così ripartite: sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le domande di risarcimento dei danni da occupazione acquisitiva e da occupazione illegittima (per la sua omogeneità morfologica e funzionale rispetto all'indennizzo espropriativo) e alla giurisdizione del giudice ordinario le domande di corresponsione dell'indennità di occupazione legittima. (Fattispecie relativa a controversia in-

- infine, nel persistere nella difesa dell'atto di citazione come strumento introduttivo delle liti, pur essendo – per le ragioni di seguito rappresentate – oramai mezzo vetusto e dannosamente anacronistico.

In definitiva, quindi, sommessamente si ritiene che la problematica dell'organizzazione del lavoro del giudice civile non possa e non debba prescindere da questo scenario di fondo e ciò al fine di provare a proporre soluzioni che vadano oltre quelli che talvolta sembrano essere veri tabù, come:

- recuperare integralmente il valore intellettuale della professione e restituire al giudice civile in modo esclusivo i compiti che gli sono propri e cioè lo studio dei fascicoli e la redazione dei provvedimenti, senza più o meno surrettizie imposizioni di ruoli di tipo amministrativo e tipicamente di cancelleria;
- restituire, quindi, dignità, senso di utilità sociale ed economica alla professione del giudice civile, anche attraverso la semplificazione delle procedure esecutive, sì che i cittadini vedano che alla decisione del giudice conseguono effetti concreti e immediati;
- valorizzare il poco personale di cancelleria esistente, senza disperderne le energie in attività inutili poste in essere in ossequio a modelli organizzativi meramente burocratici;
- superare ed eliminare definitivamente la concezione impiegatizia - gerarchica che sempre più si è voluta ritagliare sulla funzione del giudice civile.

2. Il primo problema, la determinazione del carico di ciascuna udienza: l'etero organizzazione derivante dalla citazione. Limiti e potenzialità dell'art. 168-bis, 5° comma, c.p.c.

La prima anomalia da evidenziare da cui consegue una serie di problematiche è la constatazione che,

trodata da uno IACP nei confronti di un Comune, contenente domanda di risarcimento del danno per l'occupazione acquisitiva ed occupazione illegittima e domanda di per il pagamento dell'indennizzo relativo al periodo di occupazione legittima».

forse, i tribunali civili sono l'unico luogo della Pubblica Amministrazione dove, pur nella straordinaria complessità della struttura, paradossalmente l'inizio dell'organizzazione dei carichi di lavoro non è determinato dalla struttura, ma da terzi e cioè dalle parti che fatalmente sono del tutto ignare della situazione concreta di questo o quell'ufficio.

Si assiste così al paradosso che l'ufficio giudiziario non è in grado di programmare e organizzare con cadenza regolare, ordinata e prevedibile la gestione del flusso di domanda di giustizia.

Ad ogni citazione infatti, consegue la fissazione di una giornata di udienza la più casuale, da cui, poi, discendono tutte le attività burocratiche descritte dall'art. 168-*bis* c.p.c. con le sue oramai inspiegabili rigidità.

Il quarto comma della citata disposizione processuale, infatti, prevede che se nel giorno fissato per la comparizione, il giudice istruttore designato non tiene udienza, la comparizione delle parti è d'ufficio rimandata all'udienza immediatamente successiva tenuta dal giudice designato. E non ha quindi alcuna importanza se, poi, in questa udienza – come in origine fissata in citazione o come differita ai sensi del menzionato comma quarto – il giudice già ha fissato prove complesse, un numero significativo di trattazione etc.: a quel punto, dovrà essere lo stesso giudice a porre in essere dei rinvii, con l'accortezza di fissare udienze successive evitando la ripetizione di fissare nuovamente nelle successive udienze cause che, per il loro numero e/o la loro complessità qualitativa, non possono essere trattate contestualmente.

Tutto ciò, ovviamente, si risolve in un dispendio di energia da parte del giudice civile, chiamato a svolgere una funzione in qualche misura di tipo burocratico e meramente organizzativa, laddove nelle altre giurisdizioni tutto ciò è in buona sostanza demandato all'organizzazione di cancelleria.

Può essere utile, ovviamente, la previsione del comma quinto dell'art. 168-*bis* c.p.c., secondo cui il giudice istruttore può differire, con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni, con conseguente onere di comunicazione alle parti costituite.

Tale norma vive, come noto, in una prassi interpretativa, che ha considerato derogabili sia il termine di cinque giorni che quello di 45 giorni, sicché può essere un utile strumento per il magistrato che voglia quanto meno regolarizzare in modo razionale il flusso di entrata delle cause.

Tuttavia, non sfuggono i rilevanti limiti di tale disposizione:

- resta in ogni caso la difficoltà, anzi, impossibilità di una anticipata e ordinata programmazione del carico di ciascuna udienza, giacché di volta in volta si dovranno gestire le casuali fissazioni di udienza

nelle citazioni di volta in volta iscritte a ruolo;

- il rinvio manifestamente non può essere eccessivo, anche per ragioni di, per così dire, "autotutela" vista la crescente pressione derivante dalla legge 89/2001, nonché non di rado dagli stessi dirigenti degli uffici, che chiedono fissazioni di udienze non troppo lontane nel tempo, pur nella consapevolezza della inutilità di tali fissazioni: il che crea maggiori difficoltà e, in qualche misura, sterilizza l'utilità dell'art. 168-*bis*, 5° comma, c.p.c. proprio laddove se ne dovrebbe fare maggiore uso e cioè con riferimento ai ruoli già sovrabbondanti e in premessa già non gestibili razionalmente;
- in ogni caso, per ogni citazione, vi sarà un rilevante dispendio di energie organizzative, poiché: 1) deve essere predisposto un decreto dalla Cancelleria; 2), il decreto deve essere sottoscritto dal magistrato; 3) il provvedimento va comunicato alle parti, non sembrando che il giudice possa emanare un provvedimento organizzativo generale senza necessità dei singoli decreti di fissazione di udienza; 4) non è da escludere, che – in caso di rinvii significativamente più ampi dei 45 giorni prescritti dalla norma – non si debba corredare il decreto di una sia pur succinta motivazione;
- ad ogni modo, l'applicazione di tale norma genera, non di rado, contenzioso processuale, se è vero come è vero che ancora nel 2017 la Corte di Cassazione – che dovrebbe occuparsi di ben altro – è dovuta intervenire per chiarire che «ai sensi dell'art. 343, comma 1, c.p.c., l'appello incidentale si propone, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, e poiché tale costituzione deve avvenire almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, ovvero differita d'ufficio dal giudice giusta l'art. 168-*bis*, comma 5, c.p.c., ove il giudice si avvalga di tale facoltà di differimento il termine per la proposizione dell'appello incidentale va calcolato assumendo come riferimento la data dell'udienza differita, e non quella originariamente indicata nell'atto di citazione»⁵;
- infine, tale attività potrebbe risultare del tutto inutile, atteso che solo alla prima udienza si deve procedere alla verifica della regolarità del contraddittorio e dell'eventuale comunicazione del decreto ex art. 168-*bis* c.p.c., con la conseguenza che virtualmente (e non certo raramente) la causa potrebbe subire un nuovo rinvio, che determina una duplicazione delle attività innanzi descritte.

È appena il caso di ricordare come in altre giurisdizioni, tutto questo viene evitato attraverso la fissazione delle udienze con i carichi di lavoro ad opera della stessa Cancelleria sulla base di disposizioni generali

⁵ Cass. Ordinanza n. 3081 del 06/02/2017; cfr. anche Cass. sent. n. 2299 del 30/01/2017.

organizzative; semplificazione organizzativa che consente la fissazione agevole di carichi esigibili di lavoro di volta in volta per ciascuna udienza, atteso che – ad esempio- nella giurisdizione tributaria, la causa viene introdotta con ricorso e si procede alla fissazione della udienza solo dopo la notifica del ricorso stesso⁶.

Di fronte a tale rigidità normativa, ci si deve, quindi, chiedere come, valorizzando tutti gli strumenti processuali previsti, il giudice civile possa porvi rimedio organizzando il proprio ruolo in modo che sia concretamente gestibile, non solo in una prospettiva meramente quantitativa di numero di definizioni, ma anche e soprattutto in una prospettiva di qualità della giurisdizione a cui hanno diritto i cittadini.

3. Il rapporto tra le esigenze di autorganizzazione e di organizzazione dell'ufficio. Le norme che disciplinano le udienze come momento della giurisdizione riservata all'intangibile autonomia del giudice civile e le norme che disciplinano le udienze come mero momento organizzativo-burocratico riservato al potere del presidente del Tribunale e della Corte di Appello

Dalla normativa complessiva, a parere dello scrivente, emerge un quadro chiaro, teso ad individuare un confine netto tra il momento organizzativo - burocratico spettante al dirigente ai fini dell'organizzazione generale dell'ufficio e il momento della giurisdizione, riservato invece alla autonomia del singolo giudice civile.

Specificamente, dalla normativa primaria pare desumersi che il principio per cui il progetto tabellare deve considerarsi un mero modulo organizzativo, che certamente non può imporre al giudice di esercitare la sua giurisdizione, cioè di gestire il suo ruolo, secondo uno schema obbligatorio. Prevedere, infatti, che il giudice debba fissare fascicoli in tutti i giorni in cui è prevista udienza significherebbe in pratica sottrargli gran parte del potere costituzionale confermato dalle norme ordinarie che chiaramente distinguono la gestione delle udienze come momento della giurisdizione, dalla previsione dei giorni di udienza come momento amministrativo. In definitiva, il Presidente del Tribunale stabilisce quali giorni della settimana sono destinati alle prime comparizioni e quali giorni alle udienze istruttorie: ciò al fine di evitare un accavallarsi disordinato dei giorni della settimana e consentire così all'avvocatura di avere un quadro chiaro di quali giorni della settimana sono previsti per le udienze: se si fissa udienza in un giorno diverso da quello previsto dal Presidente del Tribunale, si versa nella ipotesi conosciuta come "udienza straordinaria". È poi il giudice a decidere se e come utilizzare questi giorni di udienza.

In ogni modo, a tal fine pare opportuno riportare, secondo lo schema, proposto, la normativa primaria

di riferimento, distinguendo quella destinata al giudice nell'esercizio della giurisdizione, da quella di cui è destinatario il dirigente dell'ufficio nella sua funzione burocratica - amministrativa di organizzazione generale dell'ufficio.

Le norme che inequivocabilmente pongono il principio dell'autonomia del giudice civile nella direzione del processo sono le seguenti:

- art. 175 (*Direzione del procedimento*) (1° comma: «Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento» (cfr. anche art. 127 sulla direzione dell'udienza); 2° comma: «Egli fissa le udienze successive e i termini entro i quali le parti debbono compiere gli atti processuali»; già da tali disposizioni sembra emergere chiaramente che è il giudice istruttore a decidere se e quando rinviare la causa ad altra udienza e a quale udienza. Ritenerne che il giudice debba necessariamente utilizzare tutte le udienze previste in tabella per settimana significa di fatto incidere sulla libertà e autonomia dell'art. 175;
- art. 81 disp. att. c.p.c. (*Fissazione delle udienze d'istruzione*) (1° comma: «Le udienze di istruzione per ogni causa sono fissate di volta in volta dal giudice istruttore»; 2° comma: «Nello stesso processo l'intervallo tra l'udienza destinata esclusivamente alla prima comparizione delle parti e la prima udienza d'istruzione, e quello tra le successive udienze di istruzione, non può essere superiore a quindici giorni, salvo che, per speciali circostanze, delle quali dovrà farsi menzione nel provvedimento, sia necessario un intervallo maggiore»): tale norma conferma che è il giudice a stabilire se e come utilizzare le udienze previste in tabella; peraltro, indirettamente, tale norma pone anche un numero minimo di udienze mensili, pari a due: ciò si desume abbastanza chiaramente dal fatto che è previsto un intervallo minimo di 15 giorni, il che significa che, almeno ogni 15 giorni, deve esserci un'udienza.
- art. 81-bis disp. att. c.p.c. (*Calendario del processo*) («Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa il calendario del processo con l'indicazione delle udienze successive e degli incombenti che verranno espletati. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini»): anche questa norma pare rendere evidente che spetta al giudice decidere come e in che misura utilizzare le udienze previste in tabella.
- art. 168-bis, 5° comma (*Designazione del giudice istruttore*) (5° comma: «Il giudice istruttore può differire, con decreto da emettere entro i cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque

⁶ Cfr. art. 18, 22, 23 decreto legislativo n. 546/1992.

giorni»): tale norma conferma l'autonomia del giudice nel disciplinare e organizzare il suo ruolo; una volta designato, infatti, egli può senza motivazione alcuna spostare la data della prima udienza, entro un termine di 45 giorni pacificamente considerato come ordinatorio.

Le norme che prevedono un potere eminentemente amministrativo/organizzativo del Presidente del Tribunale sono le seguenti:

- art. 163, 2° comma, c.p.c. (*Contenuto della citazione*) (2° comma: «Il presidente del tribunale stabilisce al principio dell'anno giudiziario, con decreto approvato dal primo presidente della Corte di Appello, i giorni della settimana e le ore delle udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione»): in definitiva, in base a tale norma, il Presidente del Tribunale dice in quali giorni della settimana il giudice può fissare i fascicoli di prima udienza ai sensi dell'art. 168-bis, 5° comma;
- art. 69-bis, disp. att. c.p.c. (*Determinazione delle udienze di prima comparizione*) («Il decreto del presidente del tribunale, che stabilisce a norma del secondo comma dell'art. 163 del codice, i giorni delle udienze destinante esclusivamente alla prima comparizione delle parti, deve essere affisso in tutte le sale d'udienza del tribunale entro il 30 novembre di ogni anno e rimanervi durante il successivo anno giudiziario a cui si riferisce»): tale disposizione è chiaramente servente rispetto all'art. 163, 2° comma c.p.c. e prevede esclusivamente una modalità di esercizio del potere amministrativo;
- art. 80, disp. att. c.p.c. (*Determinazione delle udienze dei giudici istruttori*) («Il presidente del tribunale stabilisce con decreto, al principio e alla metà dell'anno giudiziario, i giorni della settimana e le ore in cui egli stesso, i presidenti di sezione e ciascun giudice istruttore debbono tenere le udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti, e le udienze d'istruzione. Il decreto deve rimanere affisso in tutte le sale d'udienza del tribunale durante il periodo al quale si riferisce. Se nel corso dell'anno uno o più giudici istruttori cessano di fare parte del tribunale, o della sezione, debbono di volta in volta essere apportate al decreto le necessarie modificazioni»): anche questa norma conferma che si versa in un'ipotesi di potere meramente organizzativo;
- art. 16, decreto legislativo n. 273/1989: «All'inizio di ciascun anno giudiziario il presidente della corte di appello, sentito il procuratore generale, stabilisce i giorni della settimana e le ore in cui la corte, la corte di assise di appello e le loro sezioni tengono udienze per i dibattimenti. Il calendario delle udienze dibattimentali dei tribunali, anche per la corte di assise, nonché delle preture e delle loro sezioni è approvato dal presidente della corte di appello, su proposta formulata dal presidente del tribunale e

dal pretore, sentiti i procuratori della Repubblica presso i rispettivi uffici. Se il tribunale è diviso in sezioni, la sezione correzionale ne tiene non meno di quattro» (cfr. anche art. 102 sulla trattazione degli affari urgenti nel periodo feriale);

- art. 104, Regio Decreto n. 2641/1865: «I tribunali devono riunirsi in seduta non meno di tre giorni in ogni settimana. Le sedute sono dal presidente ripartite tra gli affari civili e i giudizi penali, in ragione dei bisogni del servizio»;
- per i collegi:
 - e 1. art. 113 disp. att. c.p.c. (*Determinazione dei giorni delle camere di consiglio e composizione dei collegi*): «al principio di ogni trimestre il presidente del tribunale o della sezione determina con decreto i giorni in cui si tengono le camere di consiglio e la composizione dei relativi collegi giudicanti»
 - e 2. art. 114, disp. att. c.p.c. (*Determinazione dei giorni d'udienza e composizione dei collegi*): «all'inizio di ciascun anno giudiziario, il presidente del tribunale stabilisce, con decreto approvato dal primo presidente della Corte d'appello, i giorni della settimana e le ore in cui il tribunale o le sezioni tengono le udienze di discussione di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 275 del codice».

4. Il controllo sui risultati del giudice introdotto dall'art. 11, d.lgs. n. 160/2006: inammissibilità di una responsabilità individuale per etero organizzazioni. Il confronto col giudice contabile: il giudice civile figlio di un Dio minore?

Le conclusioni proposte sembrano, infine, avvalorate da un raffronto con le regole generali che disciplinano la valutazione di professionalità del magistrato.

È noto, infatti, che ai sensi dell'art. 11, decreto legislativo n. 160/2006 i magistrati sono sottoposti a valutazione di professionalità ogni quadriennio a decorrere dalla data di nomina fino al superamento della settima valutazione di professionalità.

La valutazione di professionalità riguarda la capacità, la laboriosità, la diligenza e l'impegno. Essa è operata secondo parametri oggettivi che sono indicati dal Consiglio Superiore della Magistratura ai sensi del comma 3. La valutazione di professionalità riferita a periodi in cui il magistrato ha svolto funzioni giudicanti o requirenti non può riguardare in nessun caso l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove. In particolare:

- a) la capacità, oltre che alla preparazione giuridica e al relativo grado di aggiornamento, è riferita, secondo le funzioni esercitate, al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio ovvero alla condu-

- zione dell'udienza da parte di chi la dirige o la presiede, all'idoneità a utilizzare, dirigere e controllare l'apporto dei collaboratori e degli ausiliari;
- b) la laboriosità è riferita alla produttività, intesa come numero e qualità degli affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta all'interno dell'ufficio, tenuto anche conto degli standard di rendimento individuati dal Consiglio superiore della magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e alle specializzazioni;
- c) la diligenza è riferita all'assiduità e puntualità nella presenza in ufficio, nelle udienze e nei giorni stabiliti; è riferita inoltre al rispetto dei termini per la redazione, il deposito di provvedimenti o comunque per il compimento di attività giudiziarie, nonché alla partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative, ed alla conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza;
- d) l'impegno è riferito alla disponibilità per sostituzioni di magistrati assenti e alla frequenza di corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura; nella valutazione dell'impegno rileva, inoltre, la collaborazione alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico.

È, quindi, chiaro che sono stati introdotti parametri valutativi oggettivi, che consentono, quindi, di valutare l'attività del magistrato in base, sostanzialmente, ai risultati dallo stesso raggiunto. Ed è chiaro che, in questa prospettiva e cioè del controllo sui risultati, un ruolo determinante assume la individuazione degli standard di rendimento, standard, che, tuttavia, – nonostante i dieci anni trascorsi dalla riforma dell'ordinamento giudiziario – il CSM ancora non ha colpevolmente approvato.

La valutazione quadriennale di professionalità, infine, spiega rilievo, a ulteriore conferma della tesi qui sostenuta, anche in virtù di una considerazione evidente.

Ed, infatti, se il magistrato – come è giusto che sia – deve essere valutato e anche molte volte nel corso della sua carriera, è chiaro che egli può rispondere solo ed esclusivamente dei risultati attribuibili alla sua organizzazione, senza che carenze organizzative o progetti tabellari in astratto pure ragionevoli ma in concreto errati, possano incidere negativamente sulla sua valutazione e progressione di carriera.

Si vuole, cioè, dire che la sottoposizione al controllo di professionalità del magistrato deve presupporre – ai fini della sua tollerabilità costituzionale – una piena autonomia organizzativa del singolo magistrato che di certo non può rispondere di irrazionali o complicate scelte operate autoritativamente.

Del resto, le conclusioni qui rassegnate circa la piena autonomia organizzativa del giudice civile nella fissazione o meno di fascicoli nelle udienze previste in calendario e nella misura del numero delle cause da fissare trova definitiva conferma appena si volta lo sguardo alla normativa esistente in altre giurisdizioni.

Ed, infatti, con riferimento alla Corte dei Conti nella funzione di giudice unico previdenziale art. 42, 1° comma, l. 69/2009: «All'articolo 5 della legge 21 luglio 2000, n. 205, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, l'ultimo periodo è sostituito dai seguenti: Il giudice unico fissa ogni semestre il proprio calendario di udienze e, con proprio decreto, fissa la trattazione dei relativi giudizi. I provvedimenti cautelari del giudice unico sono reclamabili innanzi al collegio, il quale, nel caso in cui rigetti il reclamo, condanna alle spese»; dunque, per il giudice unico della Corte dei Conti vi è ancora maggiore autonomia, perché non è predeterminato alcun giorno della settimana nel quale egli deve tenere udienza e spetta solo a lui, senza interferenze di sorta, fissare il calendario semestrale delle udienze coi giudizi da trattare nelle rispettive occasioni.

Ebbene, non si comprende il perché per il giudice civile non dovrebbero valere analoghi principi di autonomia organizzativa, tanto più a fronte del rigido sistema valutativo appena innanzi accennato. E non pare irragionevole affermare che solo ed esclusivamente il giudice che gestisce quel ruolo è in grado di sapere come concretamente sia meglio portarlo avanti, non avendo il presidente di sezione e a maggior ragione il dirigente dell'intero ufficio alcuna possibilità di conoscere le specificità del contenzioso di volta in volta spettante a questo o quel giudice. Ne consegue che deve considerarsi del tutto ragionevole attribuire al giudice del ruolo la scelta circa la gestione dello stesso, rispondendo poi dei risultati di tali gestione.

5. I vantaggi derivanti dall'organizzazione autonoma del ruolo e delle udienze da parte del giudice: recupero della natura intellettuale della professione, semplificazioni organizzative, valorizzazione del processo telematico e responsabilizzazione del magistrato

L'organizzazione del ruolo di udienza, la determinazione dei giorni in cui fissare i fascicoli e il tipo di procedure da fissare rappresentano, per quanto detto, il cuore del meccanismo gestionale delle procedure da parte del giudice civile.

In particolare, poi, si è tentato di dimostrare come il sistema normativo consenta al giudice una grande autonomia nella gestione del proprio calendario in ordine all'*an, quando, quomodo* nella individuazione dei giorni di udienze e dei fascicoli da trattare.

Deve solo osservarsi che l'accoglimento pieno di tale impostazione porterebbe evidenti vantaggi sotto molteplici profili, in quanto:

- la responsabilizzazione in vista dei risultati e la conseguente valorizzazione dell'autorganizzazione restituirebbe al lavoro del giudice civile quella piena dignità di professione intellettuale e non meramente impiegatizia - burocratica che negli ultimi anni surrettiziamente si è andata imponendo;
- la fissazione di un numero adeguato e concretamente gestibile di fascicoli consentirebbe:
 - a) il recupero della oralità del processo;
 - b) meno dispendio di energie di cancelleria, posto che non si avrebbe più l'attuale fenomeno vagamente surreale di fascicolo chiamati a numerose udienze, pur sapendo in anticipo che quei fascicoli saranno certamente rinviati;
 - c) netta semplificazione della gestione delle ferie, posto che, una volta stabiliti turni per le urgenze, ogni giudice potrebbe utilizzar il c.d. "periodo cuscinetto" in piena autogestione e sempre, ovviamente, nell'ottica di un controllo finale sui risultati;
 - d) si potrebbe valorizzare lo strumento telematico, capitalizzandone le potenzialità operative a prescindere dalla concreta celebrazione dell'udienza tradizionale;
 - e) la stessa grave problematica del continuo *turn over* caratterizzante uffici periferici potrebbe essere in misura significativa ridimensionata, posto che spesso e volentieri tali uffici sono velocemente lasciati dai colleghi non tanto per la qualità del ruolo o del foro ma per difficoltà logistiche legate alla presenza in posti poco raggiungibili o raggiungibili con difficoltà.

6. Le prime aperture del CSM: benessere e flessibilità organizzativa nella nuova circolare sulle tabelle

La nuova circolare sulle tabelle da ultimo approvata dal CSM contiene alcune timide, ma pur sempre significative, aperture ad un modello di organizzazione meno burocratico e più moderno.

Con riferimento alla gestione delle udienze da parte del giudice civile, la nuova circolare ha peraltro dettato una normativa specifica e cioè l'art. 202.

A tal proposito, tale disposizione è la traduzione in normazione secondaria del parere emesso dal CSM in seguito al quesito posto dallo scrivente. In particolare, il parere è stato emesso nella pratica n. 179/VV/2010, aperta in seguito al quesito formulato dal sottoscritto, all'epoca giudice del Tribunale di Napoli, sul rapporto tra poteri amministrativi tabellari del dirigente e potere giurisdizionale del giudice civile di gestire il processo e fissare le udienze.

Con tale quesito, lo scrivente appunto chiedeva al CSM se fosse o meno vincolato al numero di udienze settimanali deciso in sede tabellare e ritenuto superfluo e non compatibile con le carenze della cancelleria.

Con il parere citato il CSM, dopo aver afferma-

to il principio generale per cui il giudice è tenuto a fissare fascicoli nelle udienze previste in calendario, tuttavia ne ammise anche la derogabilità, affermando che è possibile derogare a tale regola; specificamente, il CSM affermò in parte motiva che «alla luce della cornice normativa sopra sinteticamente delineata, risultati necessario che il magistrato si attenga a tutte le disposizioni contenute nelle tabelle, anche con specifico riguardo al numero ed ai giorni in cui devono essere fissate le udienze, salve motivate e specifiche esigenze da comunicare tempestivamente al magistrato dirigente dell'ufficio».

L'organo di autogoverno concluse di rispondere al quesito nel senso che:

- «- la previsione nella tabella dell'ufficio giudiziario dell'indicazione dei giorni di udienza di ciascun magistrato risponde alla necessità che le tabelle costituiscono "essenziale atto organizzativo degli uffici giurisdizionali;"
- i presidenti degli uffici giudiziari devono fondare, a norma di circolare, il proprio progetto tabellare (dunque la previsione del numero delle udienze) sull'analisi dei flussi e delle pendenze, in maniera da poter elaborare compiuti programmi di definizione dei procedimenti, tesi a garantire la ragionevole durata dei processi;
- al giudice civile è riconosciuta dalle norme processuali autonomia nell'organizzazione e nella gestione delle udienze secondo le previsioni contenute negli artt. 175 e 168-bis, comma 5, c.p.c. nonché 81 e 81-bis disp. att. c.p.c.;
- le competenze del giudice civile nella gestione dell'attività d'udienza devono collocarsi sistematicamente e razionalmente nella su indicata cornice organizzativa, nell'ambito della quale egli si trova ad operare, sicché, approvato il progetto tabellare, il giudice civile è tenuto a celebrare le udienze individuate nel progetto tabellare salve motivate e specifiche esigenze da comunicare tempestivamente al magistrato dirigente dell'ufficio».

Tale conclusione è stata tradotta a livello di normazione secondaria nella circolare 81/VV/2016 sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2017/2019».

L'art. 202 della circolare rubricato *Settore civile* così dispone:

- 1° comma: «nel settore civile devono essere indicati, tenendo conto di quanto disposto dagli articoli 113, 114 disp. att. c.p.c. e 16 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 273 nonché degli articoli 102 e 104 del regio decreto 14 dicembre 1865, n. 2641, per ciascun magistrato i giorni delle udienze monocratiche e i giorni delle udienze collegiali, distinguendo le udienze per le trattazioni degli appelli, dalle udienze per la discussione delle cause e dalle udienze per le procedure in camera di consiglio»;

- 2° comma: «l'autonomia nell'organizzazione e nella gestione delle udienze riconosciuta al giudice civile dagli articoli 175 e 168-*bis*, quinto comma c.p.c. e dagli articoli 81 e 81-*bis* disp. att. c.p.c. non esclude che il magistrato sia tenuto a celebrare le udienze individuate nel progetto tabellare, salve motivate e specifiche esigenze da comunicare tempestivamente al capo dell'ufficio».

In definitiva, quindi:

- il giudice deve in linea di massima fissare fascicoli nelle udienze tabellarmente previste;
- può tuttavia organizzarsi in modo diverso in presenza di esigenze specifiche;
- tali esigenze vanno tempestivamente comunicate al capo dell'ufficio.

Ebbene, a tal proposito, può osservarsi che:

- forse, il CSM poteva mostrare più coraggio e valorizzare il parere che, all'epoca in cui fu emanato, doveva considerarsi innovativo rispetto al clima culturale prevalente volto a valorizzare gli aspetti burocratici dell'attività gestionale del ruolo del giudice civile;
- ad ogni modo, il CSM ha confermato quanto disse in sede di parere e cioè che il capo dell'ufficio ha solo ed esclusivamente il diritto di venire a conoscenza della singola decisione del giudice civile di non utilizzare tutte le udienze settimanali, senza che sia previsto alcun potere di veto o di interdizione di qualsivoglia natura;
- la disposizione, in ogni caso, introduce un elemento di forte flessibilità, poiché autorizza il giudice civile ad adattare la gestione delle udienze in presenza di specifiche esigenze.

Si tratta, quindi, in buona sostanza, di comprendere cosa debba intendersi per «specifiche esigenze».

A parere dello scrivente a tale locuzione deve darsi il senso più ampio possibile, in modo da ricomprendere sia la necessità di apportare modifiche organizzative per esigenze contingenti, quanto la scelta generale di organizzare il proprio lavoro, dando prevalenza al tempo da decidere allo studio dei fascicoli e alla redazione dei provvedimenti rispetto a quello da trascorrere in udienza nell'esaminare fascicoli fatalmente destinati ad essere rinviati.

In definitiva, il singolo magistrato, ad avviso di chi scrive, può motivare la scelta di non celebrare tutte le udienze tabellarmente previste, proprio al fine di meglio rispettare i parametri di cui all'art. 11, d.lgs. n. 160/2006 e in particolare al fine di produrre un numero di definizioni in linea con gli standard di rendimento rispettando anche la qualità della decisione e l'accuratezza dello studio del fascicolo; ciò tanto più che, come visto, ai fini del parametro della «capacità» si deve tener conto anche dell'esito degli affari nelle

successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio.

Tale impostazione volta a favorire l'introduzione di concezioni organizzative più flessibili trova, poi, definitiva conferma nelle disposizioni dettate nel titolo IV della circolare rubricato significativamente «*Del benessere organizzativo, della tutela della genitorialità e della salute*».

L'art. 271 (*Misure organizzative a tutela del benessere fisico, psicologico e sociale dei magistrati*) prevede, quasi solennemente che «l'organizzazione dell'ufficio deve garantire il benessere fisico, psicologico e sociale dei magistrati». Tale norma è, poi, completata:

- dall'art. 274 (*Benessere fisico e psicologico dei magistrati*), secondo cui «è compito del dirigente dell'ufficio attivarsi, oltre che per raggiungere obiettivi di efficacia e di produttività, anche per mantenere il benessere fisico e psicologico dei magistrati, attraverso la costruzione di ambienti e relazioni di lavoro che contribuiscano al miglioramento della qualità della loro vita professionale»;
- dall'art. 276 (*Clima relazionale*), secondo cui «è compito del dirigente dell'ufficio mantenere un clima relazionale sereno, attraverso la valorizzazione delle competenze, la partecipazione ai progetti di innovazione e l'equa distribuzione dei carichi di lavoro».

Al fine, quindi, di assicurare il raggiungimento di tale benessere organizzativo la normativa successiva è volta a dettare disposizioni che attraverso la previsione di moduli organizzativi flessibili e non rigidi tendono a conciliare le esigenze dell'ufficio con quelle connesse alla genitorialità e alla tutela della salute⁷.

Non è questa la sede per soffermarsi sui dettagli e contenuti di tali importanti disposizioni secondarie, potendosi rinviare a tal fine ad un lavoro di altra collega di prossima pubblicazione avente ad oggetto proprio l'analisi di tali profili⁸. Ciò che qui preme sottolineare è la portata fortemente innovativa di tale parte conclusiva della circolare, che, in modo nettamente in contro tendenza rispetto agli ultimi anni, oltre alle esigenze di produttività ed efficienza, impone al dirigente dell'ufficio:

- di assicurare il benessere fisico, psicologico e relazionale dei magistrati componenti l'ufficio;
- di realizzare, a tal fine, la costruzione di ambienti e relazioni di lavoro che contribuiscano al miglioramento della qualità della loro vita professionale;
- di distribuire in modo equo i carichi di lavoro.

⁷ Art. 278, 279, 280, 281, 282.

⁸ Cfr. I. PONTICELLI, *La nuova circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari. Spunti di riflessione sulle disposizioni a tutela della genitorialità e della malattia: ricadute pratiche in punto di mobilità interna, riequilibrio dei carichi di lavoro e prevenzione dei ritardi*, in corso di pubblicazione nella rivista telematica *Il diritto vivente*.

È, quindi, evidente che la gestione e fissazione dei carichi di lavoro in modo equo e razionale assume esplicitamente una valenza centrale per il perseguimento di una vita professionale soddisfacente; così come risulta implicitamente, ma in modo altrettanto evidente come, in questo contesto volto a favorire la serenità lavorativa del singolo, assicurare al singolo magistrato piena autonomia nella gestione del proprio ruolo civile e la conseguente flessibilità organizzativa assume fatalmente natura di presupposto quasi indispensabile per la realizzazione degli inderogabili obiettivi valoriali sintetizzati felicemente dall'organo di autogoverno nella formula del "*benessere organizzativo*".

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Sulla possibilità per un dipendente pubblico iscritto nell'albo degli avvocati di assumere il patrocinio in controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione. 818
di Chiara Esposito

DIRITTO PENALE

Sull'ammissibilità del suicidio assistito e l'esistenza del c.d. diritto ad una morte dignitosa. 821
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

La giurisdizione in caso di tutela della parità di trattamento nei concorsi pubblici. 828
di Elia Scafuri



Diritto civile

Sulla possibilità per un dipendente pubblico iscritto nell'albo degli avvocati di assumere il patrocinio in controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione.

abstract

The conflict of interpretation concerning the public employee's possibility to practice the profession of lawyer in trials where the counterparty is a public administration.

keywords

Lawyers – Public authorities – Conflict of interest.

abstract

Analisi del contrasto interpretativo sulle norme che disciplinano la possibilità per il pubblico dipendente di svolgere la professione forense nell'ipotesi di giudizi in cui la controparte sia un'amministrazione pubblica.

parole chiave

Avvocati – Amministrazione pubblica – Conflitto d'interessi.

Il presente *focus* trae origine da una recente sentenza del Tribunale di Milano, sezione lavoro, del 18 aprile 2017, n. 1219.

La pronuncia offre interessanti spunti riflessivi volti a distinguere due situazioni apparentemente similari: in via principale, la possibilità di esercitare la professione forense da parte di un dipendente pubblico, e, in via secondaria, la compatibilità dell'esercizio del patrocinio da parte di quest'ultimo in vertenze ove sia coinvolta l'amministrazione pubblica.

Al riguardo, appare doverosa una breve disamina sulla normativa ivi ricorrente.

L'art. 1 della legge 23 dicembre 1966, n. 662, al comma 56-*bis*¹ prevede testualmente che «sono abrogate le disposizioni che vietano l'iscrizione ad albi e l'esercizio di attività professionali per i soggetti di cui al comma 56². Restano ferme le altre disposizioni in

materia di requisiti per l'iscrizione ad albi professionali e per l'esercizio delle relative attività».

Innovando il precedente quadro normativo, la disposizione consente ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale l'iscrizione ad albi nonché il generico esercizio di attività professionali precedentemente vietate.

Essa si riferisce, in particolare, ai dipendenti pubblici che fino ad allora non potevano esercitare la professione di avvocato, dunque, non ai professori delle università e degli istituti secondari che, in forza della deroga prevista all'art. 3, comma 4 lett. a), r.d. n. 1578/1933³, erano e sono attualmente abilitati all'esercizio della professione forense senza limitazione alcuna.

Senza soluzione di continuità, il comma 56 *bis* della citata disposizione prevede altresì che «Ai dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitano attività professionale non possono essere conferiti incarichi professionali dalle amministrazioni pubbliche; gli stessi dipendenti non possono assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione».

È su tale ultima parte che si è sviluppato un acceso dibattito.

Sul punto, la giurisprudenza ha interpretato la parte finale di tale disposizione come divieto di assumere il patrocinio (c.d. *ius postulandi*) da parte di un avvocato che sia anche dipendente pubblico laddove una delle parti in causa sia la pubblica amministrazione.

In tal senso⁴ il Tribunale di Milano, sez. lavoro, 23 giugno 2016, n. 1793 ha dichiarato nullo il ricorso introduttivo di una causa instaurata contro il Miur, per difetto di legittimazione ad agire del difensore di parte ricorrente in quanto docente di discipline giuridiche ed economiche presso una scuola pubblica.

In particolare, ciò che si è posto in discussione non è stata la generica possibilità di esercitare la professione forense da parte di docenti che ne abbiano i titoli

¹ Comma aggiunto dall'art. 6 del d.l. n. 97 del 1997.

² Ai sensi del quale «Le disposizioni di cui all'articolo 58, comma 1, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché le disposizioni di legge e di regolamento che vietano l'iscrizione in albi professionali non

si applicano ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno».

³ «Sono eccettuati dalla disposizione del secondo comma: a) i professori e gli assistenti delle università e degli altri istituti superiori ed i professori degli istituti secondari del regno».

⁴ Vedasi anche T.a.r. Milano del 14 dicembre 2016, n. 2357.

e le autorizzazioni bensì la legittimazione processuale, ossia lo *ius postulandi*, in cause promosse contro il Ministero dell'Istruzione.

Tale assunto troverebbe conferma nella impossibilità di invocare quanto disposto dall'art. 1 della legge 339/2003 secondo cui «Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 56, 56-*bis* e 57, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, non si applicano all'iscrizione agli albi degli avvocati, per i quali restano fermi i limiti e i divieti di cui al regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, e successive modificazioni», riferendosi esso all'iscrizione all'albo dei procuratori e non alla specifica possibilità di assumere il patrocinio in una causa in cui è parte una pubblica amministrazione.

Il divieto sancito dalla norma in esame troverebbe giustificazione nella finalità di impedire il formarsi di situazioni di conflitto che potrebbero derivare dall'esercizio delle libere professioni e, con specifico riferimento a quella forense, tra le esigenze difensionali della parte privata e gli obblighi di lealtà e fedeltà gravanti sui dipendenti pubblici. In particolare, ci si riferisce al fondamentale precetto contenuto nell'art. 98, comma 1, Cost., secondo cui i «pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione».

Sicché, come osservato sempre in giurisprudenza⁵, dovendo prevalere l'interesse pubblico ad un comportamento leale da parte dei dipendenti delle amministrazioni, la norma andrebbe interpretata nel senso che sono vietate situazioni di conflitto non solo reali ed effettive – ossia quando la difesa è assunta in procedimenti nei quali la pubblica amministrazione è parte in senso formale – ma anche conflitti meramente potenziali, quando cioè la stessa assunzione di una difesa potrebbe pregiudicare l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è portatrice.

Su tale aspetto, come esposto in premessa si è più di recente espresso il tribunale di Milano che, con sentenza del 18 aprile 2017, n. 1219, ha dichiarato la nullità del ricorso, promosso contro il Miur, per difetto di legittimazione ad agire in capo al difensore di parte ricorrente attesa la sua qualifica di dipendente del Ministero a tempo indeterminato.

In particolare, nella pronuncia si legge che non consentirebbe di eludere il divieto posto dall'art. 1, comma 56-*bis* cit., quanto stabilito dall'art. 1 della legge n. 339/2003, facendo esso espresso riferimento all'inapplicabilità della disposizione appena citata alla sola «iscrizione agli albi degli avvocati» da parte dei pubblici dipendenti e non già al concreto esercizio del patrocinio difensivo da parte degli stessi in una causa in cui sia parte una pubblica amministrazione. Conserverebbe, pertanto, efficacia quanto stabilito dall'art. 1, comma 56-*bis* cit. nella parte in cui preclude al

pubblico dipendente di assumere il patrocinio in una controversia in cui sia parte una pubblica amministrazione.

Un completo quadro di lettura della questione in oggetto impone un riferimento alla sentenza della Corte di appello dell'Aquila del 22 ottobre 2012, n. 1084.

In tale occasione veniva riconosciuto a un docente di discipline giuridiche ed economiche a tempo pieno, iscritto all'albo degli avvocati, di poter patrocinare anche in cause nei confronti della amministrazione di appartenenza, senza che ciò potesse innescare un conflitto di interessi.

Come rilevato dall'autorità giudiziaria, tale legittimazione troverebbe conferma nel disposto di cui all'art. 53 del d.lgs. 165/2001 che, nel disciplinare le ipotesi di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi dei dipendenti pubblici, ribadisce per il personale docente la vigenza delle norme previste a tal riguardo dal d.lgs. 297/94 (T.U. in materia di istruzione), specificando che «restano ferme le disposizioni dell'art. 508⁶» del decreto citato.

In particolare, dalla lettura di tale ultima disposizione non si evincerebbero limitazioni ulteriori e diverse da quelle della preventiva autorizzazione da parte del dirigente scolastico o del preside, l'assenza di pregiudizio per l'attività di insegnamento, la compatibilità tra la libera professione e gli orari di insegnamento e, più in generale di servizio. Previsioni ispirate al criterio del tutto logico che la libera professione non deve andare a detrimento dell'attività del pubblico impiego svolta.

Nello specifico, dunque, la norma non vieta che l'attività professionale possa essere volta a favore del personale scolastico, docente e non, in controversie che riguardino l'amministrazione di appartenenza.

Nella suddetta pronuncia si legge, altresì, che tale disposizione non è altro che l'applicazione di quanto disposto dal già citato art. 3 del R.D.L. 1578/1933, relativo all'ordinamento della professione di avvocato e procuratore e che tale disciplina non subisce modificazioni per effetto dell'art. 1, commi 56, 56-*bis*, 57, 58, 58-*bis*, 59 e 60 della legge 662/96, trattandosi di un complesso di norme che riguardano non i docenti bensì tutto l'altro personale pubblico (non docente) con orario a tempo parziale.

Non sarebbe, inoltre, configurabile alcuna situazione di conflitto di interessi per i docenti, in ragione della peculiare natura della attività lavorativa da loro svolta.

Sul punto, è utile fare riferimento ad un noto orientamento della Corte di cassazione⁷ secondo cui

⁵ Trib. Bologna, sezione lavoro, con sentenza del 29 settembre 2010, n. 334.

⁶ «Al personale docente è consentito, previa autorizzazione del direttore didattico o del preside, l'esercizio di libere professioni che non siano di pregiudizio all'assolvimento di tutte le attività inerenti alla funzione docente e siano compatibili con l'orario d'insegnamento e di servizio».

⁷ Cass., civ., 7951/90.

«i docenti delle università e delle scuole pubbliche non possono essere considerati degli impiegati che esercitano un'attività che sia soggettivamente riferibile all'ente dal quale dipendono, o sia comunque diretta a realizzare i fini particolari dell'ente medesimo. Essi provvedono alla formazione culturale dei cittadini nei vari campi del sapere (scientifico, artistico, letterario) attraverso l'obiettivo approfondimento delle discipline relative e svolgono questa funzione in condizione di indipendenza, data la garanzia costituzionale della libertà di insegnamento (art. 33 Cost.). Di conseguenza è escluso che l'esistenza del rapporto di impiego possa creare limiti o condizionamenti ai fini del pieno e libero esercizio della professione forense».

Parimenti, la Cassazione⁸ ha ribadito tale principio affermando che «il rapporto di impiego (e il vincolo di subordinazione da esso derivante) come non può incidere sull'insegnamento (che costituisce la prestazione lavorativa), così, ed *a fortiori*, non può incidere sulla libertà richiesta dall'esercizio della professione forense».

Sul tema si rinviene, infine, un parere del Consiglio Nazionale Forense del 25.11.2009, n. 47, chiamato ad esprimersi sulla condizione di un iscritto il quale, in ragione dell'attività di docente di discipline giuridiche svolta presso un istituto di istruzione secondaria, veniva diffidato dal locale dirigente dell'Ufficio scolastico provinciale dall'assumere il patrocinio legale di insegnanti o di altro personale della scuola in controversie contro l'amministrazione scolastica di appartenenza.

Nel risolvere il quesito, il Consiglio non rinveniva, con riferimento alla posizione del professore a tempo definito iscritto anche nell'Albo come avvocato del libero foro, limitazioni rispetto alla possibilità di assumere mandati professionali da parte di qualsiasi cliente.

Pertanto, concludeva affermando che non vi fosse alcuna ragione giuridicamente fondata per escludere che l'avvocato potesse patrocinare cause nell'interesse degli altri insegnanti.

Come evidenziato anche in tale parere, non può, in ogni caso, non tenersi conto del dovere deontologico gravante sull'avvocato di evitare conflitti di interessi (art. 37 c.d.f.) dovendo conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, nonché, dell'obbligo di riservatezza nell'utilizzo delle informazioni acquisite in dipendenza dal mandato (art. 9 c.d.f.).

⁸ Cass. 390/2006.

Giacomo Romano
Avvocato

Diritto penale

Sull'ammissibilità del suicidio assistito e l'esistenza del c.d. diritto ad una morte dignitosa.

abstract

The decision discussed in this paper examines the crime of incitement to commit suicide with reference to the dramatically hot topic of the so-called "assisted suicide" in Switzerland and to the relevance of the conduct of accompanying a person Switzerland for such purpose.

keywords

Assisted Suicide in Switzerland – Criminal Liability for Facilitation – The right to life.

abstract

Il provvedimento in esame approfondisce la fattispecie dell'istigazione al suicidio con riferimento al tema drammaticamente attuale del c.d. suicidio assistito e alla rilevanza, ai fini del reato de quo, della condotta dell'accompagnamento in Svizzera.

parole chiave

Suicidio assistito in Svizzera – Condotta di agevolazione – Diritto alla vita.

La presente questione trae spunto dall'ordinanza emessa dal g.i.p. di Milano, 10 luglio 2017, giud. Gargiulo, imp. Cappato con la quale sono state rigettate le richieste avanzate dalla Procura e dai difensori del politico e attivista Marco Cappato nel procedimento che lo vede coinvolto per l'aiuto prestato a Fabiano Antoniani (*alias* DJ Fabo) nella realizzazione del c.d. suicidio assistito realizzatosi in una struttura svizzera e, per l'effetto, è stata disposta, ai sensi dell'art. 409, co. 5, c.p.p., l'imputazione coatta dell'indagato sia per la condotta di "aiuto", sia con riferimento al "rafforzamento" del proposito suicida che questi avrebbe operato sull'Antoniani.

Interessante rilevare come, in apertura, il g.i.p. abbia avvertito la necessità di precisare che il provvedimento «è frutto di un'attenta analisi del dato normativo nazionale, nonché delle fonti sovranazionali già richiamate dal p.m. e dalla difesa dell'indagato» e che esso «rifugge da qualsiasi pregiudizio assiologico sui delicati temi che il fatto pone in rilievo, bensì si fon-

da, come si vedrà di seguito, su un'analisi tecnica degli istituti giuridici sottesi alla vicenda in esame».

La vicenda fattuale, brevemente ripercorsa in nota¹, è balzata subito agli onori della cronaca ed ha scosso le coscienze di molti instaurando un vivace dibattito nell'ambiente socio-politico e giuridico italiano. Il punto nodale del dibattito è se esista, nel nostro ordinamento, un diritto, esigibile dallo Stato, ad una "morte dignitosa", almeno in quei casi in cui l'esistenza umana diventa troppo dolorosa a causa di mali in-guaribili.

Ebbene, la Procura, a seguito delle indagini del

¹ Il 13 giugno del 2014 Antoniani (detto Fabo) rimaneva coinvolto in un grave incidente stradale nel quale riportava lesioni midollari a due vertebre; da ciò derivava la paralisi totale e la cecità, pur rimanendo inalterate le sue facoltà intellettive. Le cure, pur tempestive e prestate in centri altamente specializzati, non ottenevano la sperata guarigione, né si registrava alcun miglioramento delle condizioni di vita del paziente. Dopo diversi ricoveri ed oltre un anno di degenza ospedaliera, l'équipe medica che lo seguiva dimetteva il paziente, il quale sarebbe stato poi curato ed accudito a casa propria, e, contestualmente, formulava un giudizio d'irreversibilità di questa condizione. Dopo un infruttuoso ricorso ad un'ulteriore terapia in India – tra fine 2015 e inizio 2016 – Antoniani faceva ritorno a Milano, di fatto nelle medesime condizioni in cui già in precedenza versava, nonostante le premurose cure prestategli da apposito personale e dai propri cari. Nel giro di pochi mesi, Antoniani maturava il proposito di porre fine alla propria esistenza e, una volta vinte le resistenze della madre e della fidanzata, quest'ultima entrava in contatto con l'indagato, soggetto attivo nell'ambito di un'associazione che si occupa di fornire assistenza ai soggetti che desiderano porre fine alla loro vita. L'indagato, avendo avuto modo di conoscere bene Antoniani ed avendo, altresì, contezza del pieno, irremovibile proposito dello stesso, provvedeva ad informarlo che, per dar esecuzione ad un simile intendimento, si poteva ricorrere alla "strada svizzera" o, in alternativa, si poteva seguire la strada italiana, che avrebbe potuto consistere nell'interruzione di qualsiasi trattamento accompagnato dalla sedazione profonda. Scartata subito l'ipotesi di rinunciare ai trattamenti in corso, in conformità al diritto italiano, a causa dei patimenti che questa via avrebbe comportato, Antoniani prendeva, invece, in considerazione l'ipotesi di rivolgersi ad una struttura in Svizzera, segnalata dallo stesso indagato, con cui furono presi contatti e, dopo alcune visite volte ad accertare la volontà e le condizioni psico-fisiche del paziente, Antoniani, assistito dal personale della clinica, si toglieva la vita mediante un dispositivo progettato appositamente, che egli ha morso. Antoniani stesso ha dato, pertanto, corso all'iniezione del farmaco letale che l'ha condotto dapprima al coma profondo, quindi alla morte. Il giorno successivo, l'indagato si recava presso i Carabinieri di Milano per esporre la vicenda di cui sopra.

caso, richiedeva al g.i.p. l'archiviazione della posizione dell'indagato sulla base di un duplice ordine di argomentazioni: da un lato, una interpretazione restrittiva della fattispecie di "partecipazione materiale" di cui all'art. 580 c.p., tale da escludere dall'alveo dell'incriminazione le condotte poste in essere dall'indagato; dall'altro, una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della norma stessa alla luce del "diritto ad una morte dignitosa" ricavato da una lettura integrata di varie norme costituzionali e convenzionali, che agirebbe come causa di giustificazione atipica nel caso di specie. Premessa di tutto il ragionamento era che la condotta posta in essere dall'indagato costituisse in realtà una mera "partecipazione materiale" al suicidio di DJ Fabo, e che fosse sicuramente da escludersi qualsiasi forma di istigazione al suicidio o anche solo di rafforzamento del proposito suicida di quest'ultimo. A seguito della fissazione di un'udienza da parte del g.i.p., la Procura e i difensori depositavano, pertanto, due memorie volte a sollecitare, in esito ad itinerari argomentativi largamente coincidenti, la formulazione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. da parte del giudice fondante sull'esistenza di un diritto all'autodeterminazione ed alla dignità avente rango costituzionale, che risulterebbe violato per effetto del divieto incondizionato di aiuto al suicidio posto dalla norma in questione.

Ciò posto, preliminarmente, si rileva che il codice penale, nel libro II, titolo XII, capo I – all'interno, cioè, del novero di fattispecie poste a presidio della vita e dell'incolumità – punisce, all'art. 579 c.p., l'omicidio del consenziente e, al successivo art. 580 c.p., l'istigazione o l'aiuto al suicidio.

Si tratta di precetti che proteggono il bene giuridico vita in situazioni del tutto peculiari, ossia qualora vi sia il consenso del soggetto passivo a farsi uccidere per mano dell'agente (art. 579 c.p.) o quando vi sia, invece, l'istigazione o l'agevolazione dell'altrui suicidio (art. 580 c.p.)².

² L'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) punisce il fatto di colui che cagiona la morte di un uomo, con il consenso di questi. L'unico elemento specializzante rispetto all'art. 575 c.p. – e che, quindi, connota in modo palese quest'ulteriore fattispecie – si deve rinvenire appunto nella manifestazione del consenso da parte del soggetto passivo: la mitigazione del trattamento sanzionatorio deriva, infatti, dalla minore gravità del gesto omicidiario, sia sul piano soggettivo – essendovi il proposito non di aggredire il bene giuridico altrui, bensì di assecondare la volontà di un'altra persona – sia sul versante oggettivo, poiché non v'è alcuna ingerenza nell'esercizio della libertà della vittima. Ovviamente, ciò che deve essere valutato con particolare rigore ed attenzione è, appunto, il valido consenso formulato da parte del soggetto passivo: questo deve essere serio, esplicito, inequivocabile e perdurante sino al momento finale (così, da ultimo, Cass. Pen., sez. I, n. 32851/2008).

L'art. 580 c.p., invece, si configura quale autonoma e specifica forma tipizzata di concorso. In primo luogo, giova osservare che tale fattispecie punisce condotte (la determinazione, il rafforza-

Ovviamente, quale che sia la condotta incriminata nel singolo caso di specie, non si può prescindere da una rigorosa verifica del nesso di causalità tra l'azione (o l'omissione) posta in essere dal soggetto attivo e l'evento morte: *id est* sarà fonte di penale responsabilità soltanto quel fatto senza il quale quel suicidio non sarebbe avvenuto (o non sarebbe avvenuto in quel momento e con quelle modalità).

Da queste brevi analisi, discende *ictu oculi* l'elemento discriminante tra le fattispecie in esame: nel primo caso, l'azione determinante la morte della vittima si riconduce ad un soggetto terzo rispetto ad essa; nel secondo, al contrario, è il suicida a compiere in persona quel gesto da cui discende il fatale esito. Illuminante, a questo proposito, un passaggio di un fondamentale pronunciamento della Suprema Corte in materia: «si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria»³.

Tale distinzione, che pure appare tanto palese, risulta fondamentale per una corretta qualificazione dei fatti ove ci si trovi in una di quelle vicende che, spesso con indebita approssimazione, si riconducono sotto l'ampia e generica nozione di "eutanasia".

Poste queste premesse, merita condivisione l'approdo del p.m. secondo cui «la condotta posta in essere da Marco Cappato, come sopra ricostruita, deve essere inquadrata all'interno della fattispecie di cui all'art. 580 c.p., ed in particolare tra le condotte di partecipazione materiale al suicidio». In effetti, nel caso di specie, il desiderio di morire, già espresso dal malato, era – in considerazione delle condizioni fisiche dello stesso – privo di effettive possibilità di attuazione; soltanto grazie all'intervento e al successivo consulto con l'indagato, si è trasformato in una possibilità concreta, cosicché è evidente che tale decisione si è evoluta e rafforzata: Antoniani voleva morire, prima di conoscere l'indagato; dopo i colloqui avuti con lo stesso, voleva suicidarsi con le modalità offerte dalla clinica svizzera, la cui "serietà" gli era stata garantita dall'indagato.

mento dell'altrui proposito, l'agevolazione dell'esecuzione) che si collocano in rapporto di funzionalità rispetto ad un gesto, quello suicidario, che rimane (ovviamente) impunito dall'ordinamento. Inoltre – altro elemento di particolarità, oggetto di ampia critica da parte della dottrina – questo precetto punisce allo stesso modo condotte profondamente differenti, poiché sanziona da un lato il fatto di chi determina taluno a togliersi la vita (istigazione o determinazione al suicidio), dall'altro, invece, il sostegno (morale o materiale che sta) nella realizzazione di una decisione già autonomamente deliberata da parte del soggetto. Delle tre condotte punite dalla norma, due rientrano nel perimetro del c.d. concorso morale (la determinazione al suicidio ovvero il rafforzamento di tale proposito), l'ultima, invece, formulata in termini assai ampi, sanziona il fatto di chi in qualsiasi modo, agevoli l'esecuzione dell'intento suicidario (concorso materiale).

³ Cass. pen., sez. I, n. 3147/1998.

In ciò, contrariamente a quanto sostenuto dal p.m., il g.i.p. ha ravvisato un “rafforzamento” del proposito suicidario e, per i motivi di cui appresso, anche un’ulteriore condotta vietata consistita nell’aiutare il paziente a raggiungere l’obiettivo suicidario.

Infatti, è necessario interrogarsi circa la portata semantica dell’ultima parte dell’art. 580 c.p.: «chiunque (...) agevola in qualsiasi modo l’esecuzione [del suicidio]». Si tratta, invero, di una norma di scarsa ricorrenza all’interno della giurisprudenza, sia di merito, sia di legittimità.

In materia, costituisce significativo precedente la già citata sentenza della Sezione I della Corte di Cassazione⁴ ove, in uno degli snodi dell’*iter* argomentativo, è dato scorgere alcune sottolineature davvero meritevoli di attenzione: «La legge, nel prevedere, all’art. 580 c.p., tre forme di realizzazione della condotta penalmente illecita [...] ha voluto quindi punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull’uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l’obbligo di impedire la realizzazione dell’evento. L’ipotesi della agevolazione al suicidio prescinde totalmente dalla esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui. Anzi presuppone che l’intenzione di autosopprimersi sia stata autonomamente e liberamente presa dalla vittima, altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580».

Il significato della terza delle condotte incriminate dall’art. 580 c.p., quindi, può essere delineato grazie alle limpide parole del giudice di legittimità. In primo luogo, l’impiego del verbo agevolare denota già, in sé, l’intenzione del legislatore di sanzionare ogni condotta che materialmente renda possibile l’altrui convincimento⁵. E, trattandosi di un reato a forma libera – come ribadisce la locuzione avverbiale successiva, «in ogni modo» – il concetto di “aiuto” riassume in sé ogni condotta che sia compiuta dal soggetto terzo e senza la quale l’esito mortale non si sarebbe verificato.

La seconda nozione che rileva è quella di «esecuzione». Invero, nella richiesta di archiviazione, il p.m. ne ha fornito una interpretazione particolarmente restrittiva, ritenendo di doversi limitare l’esecu-

zione a quella che viene definita come «fase esecutiva»: soltanto l’aiuto reso negli ultimi e decisivi frangenti che precedono il gesto finale potrebbero assumere rilevanza penale. Ogni altra condotta precedente, quali, ad esempio, il reperimento di mezzi o il trasferimento fisico della persona incapace di muoversi verso il luogo prescelto, sarebbe, adottata quest’impostazione, irrilevante, in quanto mero atto preparatorio.

Ebbene, l’esegesi fornita dal p.m. appare sfornita di adeguato supporto motivazionale ed, in ogni caso, in contraddizione con la teoria della causalità nella parte in cui si toglie (almeno potenziale) rilievo penale ad una condotta che sembra potersi inquadrare, invece, come antecedente rispetto all’evento finale⁶.

In primo luogo, la formulazione della norma in esame appare evidentemente orientata a riassumere in sé – e quindi a punire – ogni condotta che abbia dato un apporto causalmente apprezzabile ai fini della realizzazione del proposito suicidario. Restringere l’applicazione alla sola fase che immediatamente precede l’evento mortale (nel caso di specie, alla predisposizione dell’iniezione letale in Svizzera) comporterebbe quindi togliere ogni rilevanza a condotte che, invece, hanno agevolato in modo palese la concretizzazione del suicidio⁷.

⁶ Infatti, secondo la teoria condizionalistica, una condotta può essere considerata come causa di un evento se non può essere mentalmente esclusa senza che venga meno anche l’evento. Un antecedente può configurarsi come *conditio sine qua* non soltanto ove esso rientri nel novero delle cause che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge generale di copertura, portino ad un evento pari a quello concretamente verificatosi (sul punto, cfr. Cass., sez. IV pen., n. 7214/2004; Cass., sez. IV pen., 4793/1990). Ovviamente, onde evitare che tale meccanismo consenta un regresso all’infinito, l’ambito di rilevanza degli antecedenti viene ben delineato grazie all’elemento soggettivo (dolo/colpa), che consente di sceverare quelle condotte che assumono rilevanza rispetto alla fattispecie incriminatrice considerata.

⁷ La soluzione proposta dal g.i.p. milanese si discosta qui da quella adottata di recente dal g.u.p. di Vicenza in un caso simile (Trib. Vicenza, sent. 14 ottobre 2015, dep. 2 marzo 2016, g.u.p. Gerace, imp. A. T.). In quell’occasione, infatti, il giudice veneto ha ritenuto che la mera condotta di accompagnamento in Svizzera di una persona intenzionata a sottoporsi alla pratica del suicidio assistito non rientri nella fattispecie di cui all’art. 580 c.p., neanche come mera agevolazione materiale, in quanto non «direttamente e strumentalmente connessa all’attuazione materiale del suicidio». Nel dettaglio, «deve ritenersi che l’aver l’agente, come nel caso in esame, accompagnato in auto l’aspirante suicida da Arzignano in Svizzera dove la stessa sarebbe stata accompagnata alla morte dal personale della Fondazione Omissis, non integra, come si pretende dall’accusa, la condotta di agevolazione dell’esecuzione del suicidio. È vero che l’agevolazione può essere realizzata in qualsiasi modo, ma nel caso deve ritenersi che la condotta posta in essere dal T. non concernesse l’esecuzione del suicidio. Prova ne è che l’apporto facilitatore del T. fu del tutto fungibile, perché ove egli non si fosse prestato ad accompagnare O.C. nel luogo dove essa aveva autonomamente deciso da tempo di andare a morire, sottoponendosi personalmente e senza mediazioni alle valutazioni del caso da parte degli esperti, concordando e fissando lei stessa il programma, e versando gli importi occorrenti per accedere alla procedura, sarebbe del tutto irragionevole pensare

⁴ *Ibidem*.

⁵ Anche facendo riferimento ad un qualunque dizionario della lingua italiana, al fine di cogliere il comune significato del verbo in questione, il termine in analisi viene spiegato come “rendere facile qualcosa, favorire qualcuno, assistere”: agevolare, in altre parole, non vuol dire altro che aiutare (come, peraltro, dice la stessa rubrica dell’art. 580 c.p.) consapevolmente un soggetto nella realizzazione di un proposito già consolidato.

Una tale impostazione non risulta affatto convincente, come si può cogliere da un illuminante passaggio della già richiamata sentenza n. 3147/1998 del Supremo Collegio, secondo cui «si avrà agevolazione al suicidio se l'agente si limita a fornire alla vittima, su richiesta di quest'ultima e conoscendo l'uso che ne farà, l'arma che poi essa utilizzerà contro se stessa». Ancora, la Corte, nel prosieguo della medesima sentenza, esemplifica alcune condotte frequenti nell'ambito dell'art. 580 c.p.: «ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc.».

A parere del giudice milanese, quindi, l'intervento dell'indagato nella vicenda che ha condotto alla morte di Antoniani è stato determinante: «egli stesso è stato contattato in ragione della ampia conoscenza che aveva delle modalità con cui il proposito suicidario poteva essere concretizzato». Se si sottrae, nel quadro della vicenda, la condotta dell'indagato, «l'esito finale non sarebbe certo stato quello occorso lo scorso 27 febbraio: egli ha rafforzato il proposito suicidario e agevolato l'esecuzione dell'intento auto-soppressivo di Antoniani in primo luogo suggerendo la struttura dove ciò poteva accadere (in sostanza, egli ha permesso di trovare il mezzo tramite cui realizzare il suicidio), poi trasportandovi in concreto Antoniani stesso. Sono certamente condotte che chiunque altro avrebbe potuto realizzare, con medesimo risultato: ciò che conta, tuttavia, è che senza di esse, non sarebbero state rimosse quelle difficoltà che impedivano ad Antoniani di perseguire il fine fortemente e liberamente voluto»⁸.

che la donna non vi si sarebbe ugualmente recata e avrebbe receduto dal programma, perché colle sue disponibilità economiche avrebbe potuto raggiungere la Fondazione utilizzando un taxi, o un treno comodo e veloce, o una corriera o anche la propria auto che ancora guidava avendo da poco rinnovato la patente. Come si vede, la condotta del T., ancorché sia stata foriera di un'obiettiva facilitazione del viaggio, in realtà va riguardata come agevolatrice della mera potenzialità di attuazione del programma della C. di autosopprimersi, ma nessuna diretta connessione, se non sul piano soltanto motivazionale, ebbe sull'esecuzione del suicidio, la quale costituì (e va riguardata come) una fase finale a sé stante, la quale ebbe inizio nella struttura della Fondazione Omissis, dove il personale non istigò la donna al suicidio né ne rafforzò il proposito, ma pose in essere una condotta sicuramente qualificabile come agevolazione dell'esecuzione del suicidio, dappoiché in tal caso furono forniti (soprattutto dalla dott.ssa E. P.) i mezzi per il suicidio, la donna venne edotta sulla tecnica da seguire per indurre in vena il liquido che l'avrebbe condotta a morte, e dunque vennero rimossi gli ostacoli anche legali che si frapponivano alla realizzazione del proposito».

⁸ Come appare dalla ricostruzione dei fatti, l'indagato ha, in piena consapevolezza: a) individuato l'associazione, le cui strutture, in Svizzera, avrebbero consentito ad Antoniani una morte scevra dalle sofferenze che altrimenti avrebbe incontrato in Italia; b) offerto ad Antoniani la possibilità di suicidarsi utilizzando quelle strutture, in alternativa rispetto al ricorso alla terapia della "sedazione profonda" praticabile in Italia; c) fatto in modo che giungesse alla famiglia Antoniani materiale informativo in materia; d) trasportato ed accompagnato personalmente, ponendosi alla

Un approfondimento è altresì necessario quanto alle modalità con cui l'ordinamento italiano protegge e tutela il bene vita: è questo il punto di partenza necessario per risolvere la questione centrale che il caso in esame pone e, cioè se, nel nostro Paese, possa dirsi sussistente – almeno a certe condizioni – un diritto, esigibile dallo Stato, ad una "morte dignitosa".

Dall'analisi dello stato della legislazione, emerge con tutta evidenza come nel contesto attuale esista certamente un "diritto a lasciarsi morire" per mezzo del rifiuto di un trattamento sanitario, in ossequio al combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost.: se, infatti, nessuno può essere sottoposto ad una forma di terapia non voluta, discende immediatamente che il personale medico (ed ogni altra persona) dovrà accettare, senza opporsi od intervenire diversamente, la normale evoluzione delle patologie o delle condizioni che affliggono il paziente⁹. In un simile caso, vi è l'esercizio di un

guida dei mezzi, Antoniani presso la clinica dell'associazione; e) assistito alle procedure preparatorie del successivo suicidio.

⁹ Può, in tal senso, essere utile ripercorrere brevemente le motivazioni della Cassazione sul noto caso Englaro, ove anche vi è stato un forte coinvolgimento mediatico e su cui, a vario titolo, sono intervenute le competenti autorità giudiziarie. Ebbene, dopo una complessa serie di pronunce, la Corte Cassazione civile, adita dal padre, con la sentenza n. 21748/2007 sancì che «In tema di attività medico-sanitaria, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'"alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, giacché tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale». Ancora, «su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice - fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente - può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario, in sé non costituente, oggettivamente, una forma di accanimento terapeutico, unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, delta voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presup-

diritto costituzionalmente protetto da parte del soggetto, mentre per tutti coloro che prestano la propria opera (od omettono di prestarla, poiché si astengono dall'effettuazione del trattamento non voluto) scatta l'esimente di cui all'art. 51 c.p., con ciò scriminando una condotta che altrimenti risulterebbe *de plano* ricompresa nell'alveo dell'art. 579 c.p.

Giova evidentemente osservare che, in tali vicende, la morte del paziente è sopravvenuta non già per l'apporto di un elemento esterno, ad esempio un farmaco letale, bensì per la naturale evoluzione delle patologie, resa possibile dall'interruzione del funzionamento dei dispositivi che consentivano la protrazione dell'esistenza e che sopperivano all'incapacità del corpo dell'individuo di adempiere ad una (o più) delle funzioni vitali indefettibili. Una volta acquisito il consenso – o ricostruito giudizialmente, come, ad esempio, avvenuto nel caso Englaro – del paziente, si è poi provveduto al distacco dei macchinari, in attesa che le condizioni dell'individuo ne conducessero il corpo al fatale esito.

Tuttavia, nel caso oggetto di odierna analisi, dovrebbe ammettersi – sulla base di quanto chiesto dal Pubblico Ministero – la sussistenza di un altro e ulteriore diritto, rispetto a quello esercitato nel precedente giurisprudenziale relativo al caso Englaro: non quello al rifiuto di un trattamento sanitario (ipotesi che, peraltro, Antoniani rifiutò, poiché la sua condizione lo avrebbe portato ad una morte dolorosa e lenta), ma quello a «morire o suicidarsi con dignità», con conseguente esclusione dell'antigiuridicità penale del comportamento di chi abbia coadiuvato il suicida.

Per quanto lo stesso art. 2 Cost. costituisca il fondamento della dignità della persona, non pare possibile fondare una lettura – quella proposta dal p.m. – del medesimo articolo della Carta repubblicana che sancisca il diritto “*alla morte dignitosa*”. Il diritto a “*lasciarsi morire*”, infatti, si ricostruisce a partire da una disposizione della Costituzione, l'art. 32, co. 2, che esprime in modo palese la libertà di esprimere il rifiuto ad un trattamento sanitario, salvi i (rari) casi in cui sia la legge ad imporlo in via coattiva. La morte del paziente subentra, in questi casi, come conseguenza dell'esercizio (insindacabile) di questo diritto, purché il dissenso sia consapevole, manifesto e permanente.

Al contrario, la ricostruzione del presunto “diritto alla morte dignitosa”, ipotizzato dal p.m., incontra un insormontabile ostacolo nell'assenza di una previsione normativa che facoltizzi una simile scelta.

La ricostruzione del p.m. risulta altresì aporetica nel momento in cui postula un diritto ad una morte dignitosa nei soli casi in cui vi siano «vite percepite, da chi le vive, come indegne, inumane, troppo dolorose per essere sopportate». Invero, qualora si decidesse l'archiviazione sulla base di un simile argomento, il giudice si ergerebbe, in modo totalmente vietato

posto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione».

dall'ordinamento, a legislatore, poiché introdurrebbe nell'ordinamento un diritto inedito (con relativo accesso alla conseguente esimente) e, soprattutto, ne filtrerebbe l'esercizio, limitandolo ai casi in cui sussistono taluni requisiti, peraltro meritevoli di una formulazione generale, astratta e rispettosa del canone di precisione che una simile materia esige.

Si tratterebbe peraltro di un'interpretazione chiaramente contraria allo spirito e al tenore della legislazione penale vigente, poiché condurrebbe all'abrogazione (quanto meno parziale) degli artt. 579 e 580 c.p.

Ma v'è di più: una simile interpretazione, in assenza di un quadro normativo chiaro ed univoco, introdurrebbe un concreto pericolo per coloro che percepiscono la loro esistenza come troppo dolorosa: si pensi ai casi di persone che percepiscono l'indegnità della propria vita a causa di patologie depressive, il cui giudizio sulla propria esistenza è pesantemente inficiato da tale condizione.

Pur rifuggendo qualsiasi approccio confessionale o di carattere “paternalistico” pare, però, evidente che l'affermazione di un diritto ad una morte dignitosa si porrebbe in palese contrasto con lo spirito della Carta costituzionale e con diverse norme della legislazione vigente.

Del resto, anche la CEDU – ed il diritto convenzionale – tutela il bene vita in modo espresso e ne accentua la rilevanza in continuazione, tanto da esprimersi nei termini di *sanctity of life*¹⁰. Già dalla sentenza *Pretty c. Regno Unito* la Corte EDU ha sancito che, per quanto la vita privata non debba subire alcuna ingerenza da parte dell'autorità pubblica, «non è possibile dedurre dall'art. 2 della Convenzione un diritto di morire, per mano di un terzo o con l'assistenza di una pubblica autorità» (§ 40). Se, quindi, ciascuno può disporre della propria vita in modo libero, ricorrendo – in modo autonomo – a gesti autolesivi o addirittura auto-soppressivi, non esiste alcun diritto al suicidio “assistito”: ciò si trae dal fatto che non è stata contestata alcuna violazione degli artt. 2 e 8 CEDU a quei Paesi che incriminano l'agevolazione o l'aiuto alla condotta suicidaria. Anzi: è costante, nella Corte, l'affermazione di esigenze di protezione di quei sogget-

¹⁰ Segnatamente, l'art. 2 Convenzione prevede, sotto la rubrica “diritto alla vita”, che «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena». L'art. 8, invece, rubricato “Diritto al rispetto della vita privata e familiare”, sancisce che «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

ti deboli che, per la malattia, la sofferenza, l'anzianità o simili cause, potrebbero essere portati a disporre in modo avventato o non lucido della propria esigenza.

Nella stessa sentenza Gross, talvolta indicata come la pronuncia che fonderebbe un presunto "diritto al suicidio assistito", la violazione dell'art. 8 CEDU contestata alla Svizzera deriva non dal fatto che la legislazione elvetica subordini l'accesso al farmaco letale a certe condizioni, bensì dalla circostanza che tali requisiti siano definiti con rinvio ad una fonte non normativa¹¹. Invero, la Corte, nell'esaminare la normativa svizzera in tema di eutanasia e suicidio assistito prendeva atto che il codice penale svizzero (cfr. art. 115) non incrimina l'aiuto al suicidio, se non nella misura in cui sia commesso per motivi non compassionevoli, ovvero per motivi egoistici. Ad avviso della Corte EDU, in forza di tale disposto, risulterebbe quindi legittima la somministrazione di farmaci idonei a cagionare la morte, in caso di regolare prescrizione medica. Si rilevava, peraltro, in modo critico, quanto dianzi sottolineato, ossia che le regole per disciplinare la corretta emissione di detta prescrizione non sono contenute in una vera e propria legge, ma nelle linee guida dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (A.S.S.M.).

Quindi, ancora una volta, si deve trarre come è ben possibile, stante il margine di apprezzamento lasciato ai Paesi membri (tra cui, peraltro, solo quattro lasciano spazio al suicidio "assistito" *tout court*), che uno Stato ammetta, soltanto a certe e chiare condizioni, pratiche di assistenza alla morte¹²; ma non sarebbe mai censurabile, *rebus sic stantibus*, una legislazione che conservasse un totale divieto in tal senso (ovvero, conservasse le sanzioni penali per l'assistenza ai suicidi o per l'omicidio con consenso).

A conferma di tale orientamento, si può fare cenno anche alla Risoluzione n. 1859 del 25.1.2012 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa che, avendo ad oggetto "la tutela dei diritti umani e della

dignità in base alle volontà in precedenza espresse dai pazienti", ha sancito, al proprio § 5: «*This resolution is not intended to deal with the issues of euthanasia or assisted suicide. Euthanasia, in the sense of the intentional killing by act or omission of a dependent human being for his or her alleged benefit, must always be prohibited*».

Questo atto – per quanto, ovviamente, non vincolante nei confronti degli Stati – ribadisce una volta di più l'orientamento seguito, sul punto, nell'ambito del Consiglio d'Europa: pieno rispetto della libertà di autodeterminazione, ivi inclusa la possibilità di scegliere se sottoporsi (o meno) ai trattamenti sanitari, ma totale rifiuto per tutte quelle pratiche attive volte a porre fine all'esistenza di un singolo, in quanto esse siano ritenute preferibili rispetto alla prosecuzione della vita in certe condizioni. Tale divieto, come già visto nella giurisprudenza CEDU, sorge dalla necessità di proteggere la vita specie ove i pazienti si trovino in condizioni di debolezza e vulnerabilità tali da esporsi a facili abusi del proprio consenso.

Nel 2016 è il Tribunale Federale Svizzero ad affrontare nuovamente il problema del suicidio assistito. L'occasione nasce da un ricorso presentato da due associazioni contro la legge del Cantone di Neuchâtel che nel 2014 ha introdotto l'art. 35 in tema di suicidio assistito. La pronuncia appare particolarmente interessante perché prende in esame lo stato della giurisprudenza della Corte EDU. Ad avviso del Tribunale Federale, esiste un diritto di scegliere la forma e il momento della fine della propria vita, che trova fondamento nel diritto di autodeterminazione sancito dall'art. 8, co. 1 CEDU. Allo stesso tempo, non sussiste un obbligo positivo dello Stato di garantire tale diritto. In forza di simili principi, il Tribunale Federale conclude che la norma introdotta con la novella del 2014, garantendo la libertà di autodeterminazione, non appare in contrasto con i principi costituzionali¹³.

Ritornando al caso di specie, invece, soffermandosi più nel dettaglio sulla richiesta di adire la Consulta proposta da entrambe le parti del procedimento, il g.i.p. ha rigettato tale istanza sulla base di una duplice argomentazione.

Innanzitutto, secondo il giudice la questione sarebbe manifestamente infondata in quanto inammissibile. La Consulta, infatti, ammette la possibilità di "integrare" la disciplina normativa per mezzo di una pronuncia additiva solo quando l'oggetto del *petitum* sia "a rime obbligate", ossia quando dal dato costituzionale emerga un'indicazione chiara ed univoca circa il contenuto della "legge mancante", che non lasci spazio alcuno a scelte discrezionali. In questo caso, invece, una sentenza "a rime obbligate" non sarebbe possibile poiché non è chiaro quale contenuto dovrebbe avere la norma atteso che la difesa riteneva che l'art. 580 c.p. fosse costituzionalmente illegittimo nella parte in

¹¹ È interessante osservare che successivamente il procedimento Gross è stato rinviato alla Grande Camera della Corte Edu, la quale ha invece poi dichiarato inammissibile il ricorso per "abuso del diritto", in quanto la ricorrente si era suicidata già nel 2001 e il suo avvocato non aveva comunicato tale circostanza alla Corte, che ne è venuta a conoscenza solamente a seguito delle note del Governo Svizzero (Corte EDU, Grande Sezione, 30 settembre 2014, Gross c. Suisse, n. 67810/10).

¹² Nel caso Koch c. Germania (sentenza 19.7.2012, ric. N. 497/09), la Corte EDU dà ampio conto della propria precedente giurisprudenza (casi Pretty e Haas) ed, in particolare, specifica (§ 71) che: «*Comparative research shows that the majority of Member States do not allow any form of assistance to suicide (compare paragraph 26, above and Haas, cited above, § 55). Only four States examined allowed medical practitioners to prescribe a lethal drug in order to enable a patient to end his or her life. It follows that the State Parties to the Convention are far from reaching a consensus in this respect, which points towards a considerable margin of appreciation enjoyed by the State in this context (also compare Haas, cited above, § 55)*».

¹³ Tribunale Federale Svizzero, 13 settembre 2016, n. 66/2015.

cui non esclude la punibilità di colui che agevola l'esecuzione del suicidio quando le circostanze di fatto lo configurano come diritto «in ragione di condizioni di vita ritenute non più dignitose», mentre il p.m. circoscriveva l'ipotizzata illegittimità costituzione ai casi di suicidio assistito del solo «malato terminale o irreversibile» quando il malato stesso ritenga le sue condizioni di vita lesive della sua dignità.

Inoltre, a detta del giudice milanese, la questione proposta dalle parti sarebbe manifestamente infondata anche nel merito atteso che – in diparte il non pertinente richiamo al concetto di “dignità della figura umana” che, come *supra* esposto, non giustifica in ogni caso l'esistenza di un diritto a morire in modo dignitoso attraverso l'intervento di un'altra persona – la ricostruzione offerta dal p.m. pare anche aporetica.

Invero, quand'anche si ammettesse che, a certe condizioni (malattie terminali o irreversibili, dolore fisico insopportabile, percezione dell'indegnità dell'esistenza), la vita possa essere interrotta perché la sua prosecuzione viola la dignità umana, «si introdurrebbe un'evidente sperequazione nella tutela della vita umana, in quanto vi sarebbero vite meritevoli di essere vissute ed esistenze non meritevoli. Le prime, mai sacrificabili, e protette sempre ed in ogni caso da qualsiasi ingerenza esterna; le seconde, invece, rinunciabili in quanto indecorose, laddove, però, una simile valutazione andrebbe riconosciuta soltanto in presenza di requisiti non particolarmente limpidi e, soprattutto, di difficile accertamento (che cosa si intende per malattia irreversibile? come viene accertata la volontà suicidaria successivamente al decesso per le persone sole il cui unico affetto è quello della persona che lo ha aiutato a togliersi la vita?)».

Un tale approdo, quindi, non solo colliderebbe con la già osservata centralità del bene vita, ma andrebbe ad indebolire la tutela proprio in quelle situazioni di fragilità e debolezza in cui il rischio di altrui ingerenze è particolarmente evidente: le norme di cui agli artt. 579 e 580 c.p., infatti, sono orientate proprio ad evitare si disponga di una “vita” in modo avventato o irrispettoso della stessa.

In conclusione, non si può neppure condividere la presenza di un diritto al suicidio, ove la vita sia divenuta motivo di particolare ed esasperante tormento – psichico e fisico – per l'individuo, «nei casi di malati terminali o con patologie gravissime e irreversibili». Una simile impostazione, infatti, porrebbe in grave crisi il diritto alla vita e, soprattutto, lo piegherebbe in modo improprio all'esercizio dell'autodeterminazione: in nome di un criterio soggettivo di dignità, la *ratio* di tutela del bene vita muterebbe, rimanendo protetto il bene vita soltanto ove accompagnato dalla volontà del suo titolare di conservarlo. Dunque, il vero bene protetto delle stesse norme che puniscono l'omicidio non sarebbe più la vita ma la volontà di vivere: ossia, si finirebbe per annichilire il senso stesso degli artt. 579 e

580 c.p., concepiti proprio per evitare che il consenso a morire, espresso da persone evidentemente deboli, possa essere sfruttato per finalità abiette e riprovevoli.

Legittimare il suicidio assistito (in assenza di norme che lo prevedano positivamente) soltanto per alcune categorie di malati costituisce un potenziale *vulnus* dell'uguaglianza. Come evidenziato nella ordinanza del g.i.p. di Milano, il diritto penale, in quanto diritto pubblico, tutela la vita e «tale forma di presidio non può avere declinazioni diverse a seconda della percezione soggettiva del singolo. Peraltro, si finirebbe per compiere un'operazione logicamente censurabile, in quanto per rispettare la dignità della vita umana si andrebbe a distruggere ciò che di tale principio è il presupposto indefettibile, ossia la vita stessa».

Diritto amministrativo

La giurisdizione in caso di tutela della parità di trattamento nei concorsi pubblici.

abstract

Given that the right to equality of treatment has to present itself as an absolute subjective right, even though in the trial the disparate behaviour argued consists in the issue of an administrative act, like an open competitive exam, nevertheless subsists the jurisdiction of civil judge.

keywords

Right to equality of treatment – Open competitive exams – Jurisdictional subdivision.

abstract

Atteso che il diritto alla parità di trattamento deve configurarsi come un diritto soggettivo assoluto, anche se il comportamento discriminatorio dedotto in giudizio consiste nell'emanazione di un atto amministrativo come un bando pubblico, sussiste la giurisdizione del Giudice ordinario.

parole chiave

Diritto alla parità di trattamento – Concorsi pubblici – Riparto di giurisdizione.

Il presente *focus* prende spunto da un recente provvedimento (ordinanza n. 5058 del 23 giugno 2017 del Tribunale ordinario di Firenze, sezione lavoro) che ha risolto una controversia in cui veniva ad essere invocato, da parte di un aspirante concorrente ad un concorso pubblico, il diritto alla parità di trattamento dei partecipanti alla selezione pubblica.

Prima di analizzare la pronuncia in esame appare opportuna una breve panoramica giuridica sul riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego e sulla tutela antidiscriminatoria accordata dal nostro ordinamento.

Con riguardo al primo dei due aspetti, che attiene all'annosa questione della c.d. doppia giurisdizione, è noto che rispetto alle controversie che coinvolgono una Pubblica amministrazione la cognizione generale in materia di diritti soggettivi spetta al Giudice ordinario (d'ora in avanti, per brevità, G.o.), mentre quella generale in materia di interessi legittimi compete al

Giudice amministrativo (G.a.)¹.

L'art. 7 del Codice sul processo amministrativo (inserito nel Libro I, Titolo III, Capo I del C.p.a.)², dedicato alla giurisdizione amministrativa, elenca le tipologie di controversie che possono essere conosciute dal G.a.: in via generale, si tratta di controversie in cui si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate *ex lege*, di diritti soggettivi concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo e aventi ad oggetto provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere.

Requisito necessario affinché possa chiedersi la tutela al Giudice amministrativo è che i provvedimenti, gli atti, gli accordi e i comportamenti in relazione ai quali sia sorta una contestazione provengano da una p.a. ovvero da soggetti ad essa equiparati o che, comunque, vengano posti in essere nel rispetto dei principi del processo amministrativo.

Alla luce di tale previsione normativa è agevole osservare che sono impugnabili in sede processuale amministrativa gli atti che – in senso oggettivo – siano espressione di pubblica potestà e che – in senso soggettivo – promanino da un'Autorità amministrativa e siano lesivi di interessi legittimi del privato.

Riprendendo quanto già sancito dal c.d. testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (r.d. n. 1054/1924)³, il legislatore ha inoltre precisato che non sono impugnabili innanzi al G.a. gli atti o i provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico, esplicitando, così, la principale differenza tra atti amministrativi e atti politici⁴.

¹ Per una nozione di diritto soggettivo e d'interesse legittimo vedasi: DELFINO - DEL GIUDICE in *Manuale di diritto amministrativo*, 2016, pp. 60 e ss.

² Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, "Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo", in *Gazz. Uff. n. 156 del 7 luglio 2010*.

³ Regio decreto del 26 giugno 1924, n. 1054, "Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato" (pubblicato nella *Gazz. Uff. 7 luglio 1924, n. 158*), art. 31.

⁴ Sulla distinzione in parola, la dottrina tradizionale [GUICCIARDI] individuava gli atti politici sulla base del fine da questi perseguiti, ovvero della causa di questi, arrivando a configurarli come sottocategoria di atti amministrativi. La dottrina oggi prevalente [SANDULLI] qualifica gli atti politici come «(...) quella tipologia

L'art. 7 del C.p.a. già citato, oltre a definire la giurisdizione del Giudice amministrativo, ha individuato il contenuto di tre diverse tipologie in cui la medesima può articolarsi:

- in sede di *giurisdizione generale di legittimità* il Giudice amministrativo valuta la sola legittimità dell'atto amministrativo, ovvero verifica la conformità dello stesso ai principi dell'ordinamento giuridico e la sua immunità dai vizi di legittimità (eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge);
- in sede di *giurisdizione esclusiva* il Giudice amministrativo, in deroga al principio del riparto delle giurisdizioni, ha cognizione anche in materia di diritti soggettivi;
- in sede di *giurisdizione di merito*, il Giudice amministrativo non solo può annullare l'atto amministrativo, ma può anche sindacarne l'opportunità o la convenienza sostituendosi, dunque, all'Amministrazione stessa.

Tanto brevemente premesso, con riguardo al settore del pubblico impiego, che rileva nella specie, è noto che il processo di privatizzazione avviato negli anni Novanta ha significativamente modificato la materia del lavoro pubblico: l'art. 63 del d.lgs. 165/2001⁵ (c.d. testo unico del pubblico impiego) regola i criteri di attribuzione della giurisdizione all'autorità del Giudice ordinario e a quella del Giudice amministrativo.

Se, com'è stato acutamente osservato in dottrina, nella norma richiamata risiede un'apparente contraddizione – in quanto dapprima il legislatore specifica che le controversie relative all'assunzione dei pubblici dipendenti sono devolute al G.o., mentre poi si parla della giurisdizione del G.a. per le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni – la giurisprudenza ha chiarito che per “*controversie in materia di procedure concorsuali*” debbano essere intese quelle attinenti alla fase di concorso che va dall'adozione

di atti in cui si estrinseca l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e di controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca”. La differenza dagli atti amministrativi si rinviene, dunque, nell'estrema libertà del fine degli atti politici e nella circostanza per la quale questi ultimi sono caratterizzati dal fatto di provenire da Autorità di governo e di essere concreta realizzazione del potere politico [VIRGA]. E invero, per quanto ampia possa essere la discrezionalità amministrativa della p.a., quest'ultima è sempre vincolata al necessario perseguimento delle finalità pubbliche, nonché all'impossibilità di utilizzare un atto per fini diversi da quelli per i quali il potere stesso è stato concesso. Gli atti politici, dunque, a differenza di quelli amministrativi sono caratterizzati dal fatto di provenire da Autorità di governo e di essere atti di concreta realizzazione del potere politico.

⁵ Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 106 del 9 maggio 2001 - Supplemento Ordinario n. 112 (Rettifica Gazz. Uff. n. 241 del 16 ottobre 2001).

del bando (l'atto con cui l'Amministrazione manifesta all'esterno la decisione di reclutare un certo numero di dipendenti) fino all'approvazione della graduatoria definitiva con cui si concludono le operazioni⁶.

Viceversa, non rientrano in tale fattispecie e, dunque, restano devolute alla cognizione del Giudice ordinario le controversie che sono precedute da assunzione mediante collocamento oppure relative alle assunzioni obbligatorie⁷.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 165/2001:

- rientrano nella giurisdizione del Giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni del settore pubblico contrattualizzato («includere le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte», le controversie relative a comportamenti antisindacali delle Pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori⁸ e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva, cc.dd. controversie collettive). Il Giudice ordinario, nelle controversie relative ai rapporti di lavoro, è competente «ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti»; quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi (art. 63, comma 1, cit.);

⁶ In particolare, nella nozione di “*procedure concorsuali*” vengono fatte rientrare tutte le sequenze procedimentali, aperte a soggetti in possesso di predeterminati requisiti soggettivi, caratterizzate da concorrenzialità tra i partecipanti alla selezione, da effettuarsi in base al possesso di titoli predeterminati dal bando o a mezzo di prove rivelatrici del livello di preparazione culturale e/o d'idoneità ed esperienza professionale dei candidati (*ex multis*, vedasi: Consiglio di Stato, sez. III, 25.02.2013, n. 1161). La giurisprudenza in materia ha chiarito che le controversie relative al “diritto all'assunzione” (ivi comprese quelle risarcitorie circa la relativa tutela) spettano al Giudice ordinario, in quanto riferibili alla fase relativa alla gestione del rapporto di lavoro (Tar Puglia, Bari, sez. III, 14 gennaio 2016, n. 30). Pertanto, fino all'approvazione della graduatoria giudica il G.a.; dopo l'approvazione della stessa giudica il G.o. (Cass. 7 luglio 2014, n. 15428). Per un ulteriore approfondimento sulla casistica del riparto di giurisdizione in materia di pubblico vedasi: DELFINO, DEL GIUDICE in *Manuale di diritto amministrativo*, Edizioni giuridiche Simone, 2016, pp. 264 e ss.

⁷ Ciò in quanto queste procedure prescindono da una valutazione comparativa e dipendono dall'accertamento, in capo al soggetto, dell'esistenza dei requisiti richiesti per l'instaurazione di un rapporto di lavoro: in tali casi chi pretende l'assunzione è titolare di un diritto soggettivo la cui tutela spetta tradizionalmente al G.o.; CARINGELLA.

⁸ Legge 20 maggio 1970, n. 300, “*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*”, in *Gazz. Uff. n.131 del 27 maggio 1970*.

- rientrano, invece, nella giurisdizione del Giudice amministrativo le controversie in materia di «procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» e, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro non contrattualizzati, «ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi». Il legislatore ha poi precisato che «l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo» (art. 63, comma 1, seconda parte, d.lgs. n. 165/2001).

Tanto premesso in materia di pubblico impiego e di riparto di giurisdizione, sempre più frequenti sono i casi in cui nell'ambito di una controversia inerente una procedura concorsuale pubblica venga invocato il diritto alla parità di trattamento da parte degli aspiranti partecipanti al concorso: ciò in particolar modo quando un bando preveda una clausola contenente requisiti potenzialmente lesivi del diritto alla parità dei concorrenti.

Questo è quanto è avvenuto nel caso di specie, ove le originarie ricorrenti lamentavano l'illegittimità della clausola del bando che richiedeva il possesso della cittadinanza italiana ai fini della partecipazione alla procedura concorsuale pubblica; clausola che l'Autorità giudicante ha poi ritenuto non integrare una condotta discriminatoria in danno dei cittadini comunitari ed extracomunitari che non avevano presentato domanda di partecipazione.

Sul punto occorre una breve precisazione. La tutela antidiscriminatoria sostanziale e processuale è contemplata da un *corpus* normativo articolato, richiedente un'interpretazione attenta che si fonda sul combinato disposto delle norme sostanziali e procedurali, ed in particolare sull'interpretazione degli artt. 2 e 4 del decreto legislativo n. 215/2003 e degli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/98⁹ (c.d. testo unico sull'immigrazione).

Se, com'è stato acutamente affermato, l'art. 3 comma 2 del suddetto d.lgs. n. 215/2003 (attuativo della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) esclude dall'ambito di applicazione della normativa le differenze di trattamento basate sulla nazionalità, ciò «(...) non vale certamente ad espellere dall'azione antidiscriminatoria collettiva il fattore della nazionalità, limitandosi la previsione a precisare che detto fattore non è oggetto specifico del decreto le-

gislativo attuativo della direttiva 2000/43/CE» (cfr: Tribunale di Firenze, ordinanza del 27 maggio 2017).

La nozione di discriminazione delineata dall'art. 2 del d.lgs. n. 215/2003, dunque, attiene ai fattori protetti della razza e della origine etnica, che si aggiungono ai fattori di discriminazione già vietati, ampliando e non restringendo, come potrebbe *prima facie* sembrare, la tutela antidiscriminatoria.

Invero, la previsione in parola fa espressamente salve le disposizioni di cui all'art. 43, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 286/1998, che ricomprendono tra i fattori di discriminazione vietati, anche la nazionalità (oltre alla razza, al colore, all'ascendenza nazionale, all'origine etnica e alle convinzioni e pratiche religiose). Pertanto, nel rinviare all'art. 43 (commi 1 e 2) del d.lgs. n. 286/1998, l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 215/2003 citato non potrebbe che fare riferimento ad una nozione di discriminazione sostanziale relativa ad ogni discriminazione oggettivamente ivi prevista, diretta e indiretta, derivante da ogni tipo di atto e/o comportamento posto in essere da un privato o da una Pubblica amministrazione che risulti lesivo di un interesse individuale o collettivo.

Dato che la norma (art. 43) proietta la tutela antidiscriminatoria in una posizione collettiva, l'art. 44 comma 10, del citato d.lgs. n. 286/1998 appresta, nel contesto lavorativo – per quanto qui di interesse – la legittimazione ad agire in giudizio a tal fine anche in capo alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale.

Nello stesso senso anche l'art. 5 del suddetto d.lgs. n. 215 che regola, al comma 1, un intervento *ad adiuvandum* del ricorrente, in forza di delega del soggetto passivo della discriminazione e, al comma 3¹⁰, ove l'interesse leso sia quello individuale, anche l'azione a tutela dell'interesse collettivo, da parte delle associazioni che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni e che siano inserite in un apposito elenco presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Occorre infine precisare, come chiarito dalla giurisprudenza in materia, che ciò che caratterizza l'azione antidiscriminatoria collettiva è la lesione degli interessi del gruppo cui appartengono i soggetti vittima della condotta discriminatoria, la cui individuabilità soggettiva è irrilevante, essendo la condotta discriminatoria potenzialmente lesiva del diritto del singolo mediante la propria appartenenza al gruppo.

Poste le doverose premesse, nell'analizzare il prov-

⁹ Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 215, «Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 186 del 12 agosto 2003; Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 191 del 18 agosto 1998 - Supplemento Ordinario n. 139.

¹⁰ Il citato comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 215/2003 prevede espressamente la legittimazione ad agire delle associazioni ed enti menzionati «nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione», così fondando la legittimazione propria dell'ente esponenziale dell'interesse collettivo in ragione dello scopo che si prefigge, operando nel campo della lotta alle discriminazioni e della parità di trattamento.

vedimento in oggetto (ordinanza n. 5058 del 23 giugno 2017 del Tribunale ordinario di Firenze, sezione lavoro), giova ripercorrere brevemente i fatti sottesi alla pronuncia in esame a fini chiarificatori.

Il Ministero della Giustizia indicava, oltre vent'anni dopo dall'ultimo concorso, la procedura concorsuale per 800 posti di assistente giudiziario nei ruoli del personale dell'Amministrazione¹¹. Il bando all'art. 3 prevedeva quale necessario requisito di partecipazione, tra gli altri, il possesso della cittadinanza italiana.

Un'aspirante concorrente, cittadina albanese in possesso di permesso del soggiorno di lungo periodo, unitamente ad una nota onlus operante nel campo della lotta alle discriminazioni, impugnava tale bando in un giudizio ai sensi degli artt. 44 del d.lgs. 268/1998¹², 28 del d.lgs. n. 150/2011¹³ e 702-*bis* c.p.c.¹⁴, asserendo la natura discriminatoria della clausola di cui all'art. 3.

Nel merito, le ricorrenti chiedevano – previo accertamento della natura discriminatoria del bando nella parte in cui si limitava l'accesso alla selezione ai soli cittadini italiani (all'art. 3), (escludendo, dunque, i cittadini comunitari, i cittadini stranieri in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. 165/2001, i titolari di carta blu e i familiari non comunitari di cittadini italiani) – di ordinare al Ministero della Giustizia una modifica del bando consistente nella eliminazione della clausola in contestazione con la conseguente ammissione alla procedura concorsuale *de qua* della ricorrente e degli altri candidati stranieri che avevano correttamente presentato la domanda di partecipazione, riaprendo altresì i termini al fine di consentire la presentazione di ulteriori domande di ammissione.

In via cautelare, sul presupposto di siffatta condotta discriminatoria, le ricorrenti auspicavano l'ammissione con riserva della concorrente e degli altri candidati privi della cittadinanza italiana che avessero presentato domanda alle prove preselettive e selettive, nonché la sospensione della procedura concorsuale sino alla definizione del giudizio di merito per permettere la rimessione in termini di coloro i quali, non essendo cittadini italiani, non avevano proposto domanda.

Nello specifico le ricorrenti assumevano che: l'aspirante concorrente, in quanto in possesso di tutti i requisiti richiesti ad eccezione della cittadinanza, avesse

presentato nei termini domanda di ammissione alla selezione pubblica; l'associazione citata, iscritta al n. 365 del registro delle associazioni di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 215/2003¹⁵, avesse invitato il Ministero a rimuovere la clausola discriminatoria e a prorogare la scadenza del termine, in modo da consentire ai soggetti privi di cittadinanza esclusi di presentare domanda.

Con una pronuncia che ha destato particolare scalpore (ordinanza del 27 maggio 2017, n. 1090) il Tribunale accoglieva il ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., disponendo:

- l'ammissione alle prove preselettive e, laddove superate, a quelle selettive da parte della ricorrente e di coloro che, in difetto del requisito della cittadinanza italiana, avevano presentato domanda, in entrambi i casi, in quanto rientranti in una delle categorie di cui all'art. 38, commi 1 e 3-*bis* del d.lgs. n. 165/2001;
- la sospensione della procedura concorsuale sino alla conclusione del giudizio di merito per permettere ai cittadini comunitari, nonché agli stranieri rientranti in una delle categorie di cui all'art. 38, commi 1 e 3-*bis* del d.lgs. 165/2001, di essere rimessi in termini per presentare la domanda e per partecipare con riserva alle prove preselettive e, se superate, a quelle selettive.

Tralasciando in questa sede la questione che ruota intorno al citato articolo 38 del Testo unico del pubblico impiego, sulla quale tanto è stato scritto negli ultimi mesi e che ha investito anche un altro giudizio balzato all'onore delle cronache italiane (il caso dei *manager* museali stranieri)¹⁶, avverso tale provvedimento il Ministero della Giustizia proponeva reclamo ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. con contestuale istanza di sospensione dell'ordinanza cautelare.

Dapprima, con ordinanza del 7 giugno 2017 il Tri-

¹¹ Concorso recentemente bandito, atteso per oltre vent'anni, indetto con d.m. 18 novembre 2016 per 800 posti di assistente giudiziario nei ruoli del personale del Ministero della Giustizia.

¹² Articolo rubricato "Azione civile contro la discriminazione".

¹³ Art. 28 ("*Delle controversie in materia di discriminazione*") del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*), in *Gazz. Uff. Serie Generale n. 220 del 21-09-2011*.

¹⁴ La disciplina del "Procedimento sommario di cognizione", contenuta negli artt. 702-*bis*, 702-*ter* e 702-*quater* c.p.c., all'interno del Capo III-*bis*, Titolo I, Libro IV del codice di procedura civile.

¹⁵ L'art. 6 del d.lgs. 215/2003 è rubricato "Registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni".

¹⁶ Il fulcro della questione era l'articolo 38 del d.lgs. 165/2001, in tema di "Accesso dei cittadini degli Stati membri della Unione europea". In particolare, il primo comma stabilisce che «I cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale». La norma è stata al centro della vicenda giudiziaria che ha coinvolto cinque *manager* museali stranieri, e che ha concluso il primo capitolo innanzi al Tar Lazio.

Il Collegio amministrativo, con la sentenza n. 6171/2017 ha infatti annullato la nomina di cinque dei venti direttori di musei italiani scelti attraverso una procedura di selezione internazionale. Tra le motivazioni, vi si può leggere che il d.l. n. 83 del 2014, applicabile alla selezione, non aveva previsto una deroga esplicita al suindicato articolo 38, che limita l'assunzione di personale straniero. Pertanto, restano valide le misure che impediscono la nomina di persone non italiane per incarichi di "tutela dell'interesse nazionale", mentre la questione tuttora pende innanzi al Supremo Consesso amministrativo.

bunale sospendeva parzialmente l'esecuzione dell'ordinanza reclamata ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., ultimo comma e, successivamente, con l'ordinanza oggetto del presente *focus* (n. 5058 del 23 giugno 2017, del Tribunale di Firenze, sezione lavoro), l'Autorità giudicante accoglieva *in toto* il reclamo spiegato dall'Amministrazione.

Con il provvedimento *de quo* veniva dunque revocata la precedente ordinanza n. 1090 del 27 maggio 2017, respingendosi contestualmente il ricorso cautelare spiegato dalla concorrente riammessa con riserva e dalla predetta onlus in via congiunta.

Il Tribunale si è espresso su diverse questioni e per quanto qui di interesse su quella relativa alla giurisdizione, che ha risolto in favore del Giudice ordinario, per le motivazioni che si esporranno di qui a breve.

Preliminarmente, dunque, l'Autorità giudicante ha disatteso l'eccezione sulla giurisdizione sollevata dal Ministero reclamante. Quest'ultimo affermava con forza che la materia oggetto del contendere dovesse essere devoluta alla giurisdizione del Giudice amministrativo a mente dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. 165/2001, che recita: «Restano devolute alla giurisdizione del Giudice Amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni». In altre parole, la p.a. reclamante sosteneva che vertendosi in materia di concorso pubblico il Giudice ordinario si dovesse spogliare della giurisdizione in favore di quello amministrativo.

In ogni caso, poi, il Ministero qualificava il bando di concorso impugnato dalla originaria ricorrente come un atto riconducibile alla categoria degli atti definiti dalla dottrina come di “*macro-organizzazione*” di cui all'art. 2 del citato decreto legislativo¹⁷, concludendo ancora una volta che la controversia dovesse essere attratta alla giurisdizione del G.a.

Sul punto va precisato che con riguardo a tale classificazione, secondo un primo consolidato indirizzo giurisprudenziale¹⁸, ai fini del riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di pubblico impiego, occorre distinguere tra:

- gli atti cc.dd. di *macro-organizzazione*, concernenti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento degli incarichi dirigenziali, nonché le modalità di copertura del fabbisogno di personale, assoggettati a principi e regole pubbli-

cistiche;

- gli atti cc.dd. di *micro-organizzazione*, che si collocano al di sotto della soglia di configurazione degli uffici pubblici, con cui si dispone l'organizzazione dei singoli uffici, regolati dalla disciplina privatistica.

Mentre appartengono alla giurisdizione del Giudice amministrativo le controversie concernenti i primi (atti di macro-organizzazione), nei cui confronti, quali atti presupposti rispetto a quelli di organizzazione e gestione dei singoli rapporti di lavoro, sono astrattamente configurabili posizioni di interesse legittimo (potendo essi produrre effetti immediatamente pregiudizievoli per il dipendente ed essendo peraltro irrilevante – ai fini della giurisdizione – la loro incidenza riflessa sullo stesso rapporto di lavoro); appartengono alla giurisdizione del Giudice ordinario i cc.dd. atti di micro-organizzazione, direttamente ed unicamente incidenti sulla concreta gestione del rapporto di lavoro.

In base ad un secondo, parimenti consolidato indirizzo¹⁹, in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, è necessario diversificare le varie fattispecie: in particolare, allorquando la controversia abbia per oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'Amministrazione, la situazione giuridica dedotta in giudizio appartiene alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 della Carta costituzionale.

Fermo tale doveroso approfondimento, il Tribunale – con riferimento all'eccepito difetto di giurisdizione per essere l'impugnazione del bando di concorso ricompresa tra le materie devolute alla cognizione della giurisdizione amministrativa, in considerazione della natura pubblicistica di detto atto, a fronte del quale sussisterebbero solo posizioni di interesse legittimo, ovvero per essere il bando *de quo* un atto di macro-organizzazione – ha ritenuto infondata tale censura preliminare.

Ciò in quanto, ad avviso del Tribunale, se «Con la domanda cautelare le parti ricorrenti chiedono la rimozione, in via d'urgenza, della lamentata discriminazione, individuale e collettiva, per motivo di nazionalità, avendo il Ministero convenuto prescritto il requisito della cittadinanza per l'accesso alla selezione pubblica del concorso indetto con D.M. 18/11/2016 per 800 posti di assistente giudiziario nei ruoli del personale del Ministero della Giustizia. In tema di tutela avverso atti o comportamenti discriminatori vietati sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, essendo irrilevante che il comportamento discriminatorio dedotto consi-

¹⁷ L'art. 2 del c.d. testo unico del pubblico impiego, primo periodo, dispone: «Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive».

¹⁸ Si vedano, *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 5684; Sez. V, 16 gennaio 2012, n. 138; Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6705.

¹⁹ Cfr. fra le altre, Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2013, n. 10404; 12 novembre 2012, n. 19595; 28 maggio 2012, n. 8410; 13 giugno 2011, n. 12895; 9 febbraio 2009, n. 3055.

sta nella emanazione di un atto amministrativo».

Nell'addivenire a tale decisione l'Autorità giudicante ha richiamato i principi, del tutto condivisibili, affermati dalla costante giurisprudenza di legittimità che, nel rispetto del quadro normativo costituzionale (art. 3 Cost.), sovranazionale (direttive: 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2001/73/CE, 2006/54/CE) e interno (artt. 3 e 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 nonché l'art. 44 del d.lgs. del 25 luglio 1998, n. 286; art. 3 d.lgs. n. 216/2003, art. 3 l. n. 67/2006, l'art. 55-*quinquies* d.lgs. n. 198/2006²⁰ e art. 28 d.lgs. n. 150/2011) di riferimento hanno configurato il diritto a non essere discriminati come un diritto soggettivo assoluto, la cui tutela è espressamente devoluta alla cognizione del Giudice ordinario.

E invero, con le parole del Tribunale «(...) in tali casi, il giudice deve valutare il provvedimento censurato, e, in caso di accertata discriminatorietà, disattenderlo, adottando i provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti (Cass. S.S. UU. ord. n. 3670/2011; conforme Cass. SS. UU. ord. n. 7186/2011, secondo la quale in tema di azione antidiscriminatoria si è in presenza di posizioni di diritto soggettivo assoluto a presidio di un'area di libertà e potenzialità del soggetto, possibile vittima delle discriminazioni, rispetto a qualsiasi tipo di violazione posta in essere da privati che dalla p.a., senza che assuma rilievo, a tal fine, che la condotta lesiva sia stata attuata nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento, da parte della p.a., di utilità rispetto a cui il privato fruisca di posizioni di interesse legittimo, restando assicurata una tutela secondo il modulo del diritto soggettivo e con attribuzione al giudice del potere, in relazione alla variabilità del tipo di condotta lesiva e della preesistenza in capo al soggetto di posizioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo a determinate prestazioni, di ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione)».

Se la decisione appare del tutto logica e in linea con la giurisprudenza della Suprema Corte, è interessante osservare come il Tribunale abbia poi ritenuto, nel merito, che la clausola del bando che richiedeva il possesso della cittadinanza italiana non integrasse una condotta discriminatoria in danno dei cittadini comunitari ed extracomunitari che non avevano presentato domanda e che, inoltre, l'onlus ricorrente congiuntamente alla aspirante partecipante non fosse legittimata a ricorrere *ad adiuvandum*, non configurandosi nella specie un'ipotesi di discriminazione diretta o indiretta per "razza od origine etnica" (presupposto richiesto

dal suddetto art. 5, comma 3, del d.lgs. 215/2003, ma tutt'al più quella per ragioni di nazionalità, con l'applicabilità alla specie del suddetto art. 44 del d.lgs. 286/1998), accogliendo il reclamo spiegato dalla p.a. e revocando la precedente ordinanza.

Emerge dunque, con evidenza, il ruolo concretamente assorbente della questione logicamente e giuridicamente preliminare inerente alla rilevanza, anche sul piano della giurisdizione, della disciplina sostanziale e processuale antidiscriminatoria.

In definitiva, trattasi di un provvedimento che appare interessante soprattutto ai fini del coordinamento nazionale della gestione di una procedura concorsuale che non veniva bandita da oltre venti anni, con quello che ne discende in termini di numero dei partecipanti, e tuttora in corso.

Ciò in quanto, sul presupposto che si controverta su di un diritto soggettivo assoluto quale quello alla parità di trattamento ampiamente tutelato dal nostro ordinamento, alla stregua di quello comunitario, l'Autorità giudicante ha concluso per la giurisdizione del Giudice ordinario anche nel caso in cui ad essere impugnato sia un atto amministrativo come un bando pubblico, mettendo un punto fermo alla questione che ancora pende innanzi a diversi Tribunali amministrativi.

²⁰ D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246, pubblicato nella *Gazz. Uff. 31 maggio 2006, n. 125, S.O. n. 133*. L'art. 55-*quinquies* è rubricato "Procedimento per la tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura".

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA RIFORMA ORLANDO, TRA ESIGENZE DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA E NECESSITÀ DI ADEGUAMENTO AL *DICTUM* GIURISPRUDENZIALE.

PARTE PRIMA: COSA CAMBIA NELLE INDAGINI PRELIMINARI E NEL PROCEDIMENTO

DI ARCHIVIAZIONE 836

di Paola Borrelli

LA RIFORMA DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE, TRA ESIGENZE DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA E NECESSITÀ DI ADEGUAMENTO AL *DICTUM* GIURISPRUDENZIALE.

PARTE SECONDA: GLI INTERVENTI DI IMMEDIATA APPLICAZIONE IN TEMA DI RITI SPECIALI E DI

MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA 864

di Valeria Bove

LA RIFORMA ORLANDO, TRA ESIGENZE DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA E NECESSITÀ DI ADEGUAMENTO AL *DICTUM* GIURISPRUDENZIALE.

PARTE TERZA: GLI INTERVENTI EMBLEMATICI IN TEMA DI: APPELLO, PARTECIPAZIONE

A DISTANZA E DEFINIZIONE DEL PROCEDIMENTO PER INCAPACITÀ IRREVERSIBILE 885

di Marco de Leva

IL NODO GORDIANO DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE DEL REATO E LA RIFORMA ORLANDO:

UN INTERVENTO CLAUDICANTE? 905

di Claudia Tordo Caprioli



Paola Borrelli
Magistrato

La riforma Orlando, tra esigenze di razionalizzazione del sistema e necessità di adeguamento al *dictum* giurisprudenziale.

Parte prima: cosa cambia nelle indagini preliminari e nel procedimento di archiviazione

abstract

The article addresses the very latest provision contained in the law 103 of 2017, which came into force on August 3rd 2017, with specific reference to the impact of the reform on the preliminary investigation and the closure of the proceedings without further action. The latest provisions of the reform refer to the reduced possibility to postpone the discussions with the defensive lawyer, the reduction of the time period in which it is possible to request an evidentiary hearing following the reserve of the defensive lawyer ex article 360 co. 4 of the Code of Criminal Procedure. The latest provisions of the reform also relate to the consent that the court appointed lawyer needs to provide when there is the request to address for service in the place where the lawyer has his own service, the definition of the deadline (that can be postponed) in which the prosecutor has to assess, aiming for the conclusion of the proceeding, the information collected during the investigation, with the possibility, if these information are not analyzed, to call-back the proceeding by the public prosecutor of the Court of Appeal. Furthermore the article analyses the reform and the vary latest rules with regards to the closure procedures and the possibility, given to the GIP (the judge of preliminary investigations), to take enforcement action on the proceeding. The latest reform also introduce new rights given to the aggrieved party of the proceeding in terms of information regarding the status of the proceeding and in terms of notification that this party shall receive when there is the request to archive the proceeding and the time period in which the party can provide its objections.

keywords

Postponement of the discussions with the defensive lawyer – Address for service – Court appointed lawyer – Warning archiving request – Time limit for objection – Evidentiary hearing – Time limit for the outcome of the proceeding – Call-back – Attorney general – Claim to a single presiding judge – Forced entry – Time frame to complete an investigation.

abstract

Il contributo esamina le novità contenute nella L. 103 del 2017, entrata in vigore il 3 agosto 2017, con particolare riferimento all'impatto della riforma – a vario titolo – sulle indagini preliminari, sulla loro conclusione oltre che, in particolare, sull'archiviazione. Si va dalla riduzione della possibilità di differire i colloqui con il difensore, al contingentamento dei tempi della richiesta di incidente probatorio che segue la riserva da parte della difesa ex art. 360 co. 4 c.p.p., alla necessità di consenso da parte del difensore di ufficio domiciliatario ai fini della validità dell'elezione di domicilio presso di lui, alla previsione di un termine prorogabile entro il quale il P.M. deve valutare, nella prospettiva di definire il procedimento, il materiale investigativo, pena l'avocazione del procedimento da parte del P.G. A ciò si affiancano la ristrutturazione del procedimento di archiviazione e della fase impugnatoria del provvedimento del G.I.P. e l'ampliamento dei diritti di partecipazione della persona offesa al procedimento, quest'ultimo sia mediante la possibilità di informarsi circa lo stato dello stesso, che attraverso l'allargamento dei casi di avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione e dei termini per presentare l'opposizione.

parole chiave

Differimento colloqui con difensore – Elezione di domicilio – Difensore d'ufficio – Avviso richiesta archiviazione – Termini opposizione – Riserva incidente probatorio – Termine definizione procedimento – Avocazione – Procuratore generale – Reclamo giudice monocratico – Iscrizione forzata – Decorrenza dei termini delle indagini.

sommario

Premessa. – **1.** La limitazione della possibilità di differire i colloqui con il difensore. – **2.** L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. – **3.** La partecipazione della persona offesa al procedimento. – **3.1** Il diritto all'informazione sullo stato del procedimento. – **3.2** L'ampliamento del diritto all'avviso di cui all'art. 408 co. 3-*bis* c.p.p. – **3.3** La dilatazione dei termini per proporre opposizione. – **4.** La sanzione all'inerzia dell'indagato nel promuovere incidente probatorio. – **5.** Il termine per la definizione del procedimento. – **6.** Avocazione del P.G.: quanto c'è di nuovo? – **7.** La ristrutturazione del procedimento di archiviazione. – **7.1** L'accelerazione della procedura camerale. – **7.2** La nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione. – **8.** I rimedi tesi a far valere la nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione. – **9.** L'iscrizione forzata e la decorrenza dei termini delle indagini. – **10.** Norme di riferimento.

Premessa

Preceduta da un dibattito, anche polemico, trasversale agli utenti del sistema giustizia, il 3 agosto 2017 è entrata in vigore la cd. Riforma Orlando – L. 23 giugno 2017 n. 103 – che, nel suo contenuto immediatamente precettivo concernente il diritto processuale penale, ha interessato quasi l'intero arco del procedimento. In parte la riforma ha recepito il diritto vivente conseguente alle soluzioni interpretative assunte dalla Suprema Corte, in parte si è adeguata alle indicazioni sovranazionali, in parte, ancora, ha ovviato a storture che si verificavano nella concreta applicazione delle norme processuali.

Quanto, in particolare, alle innovazioni concernenti la fase delle indagini preliminari e dell'archiviazione – oggetto del presente contributo – il trend sembra essere quello di un rafforzamento delle garanzie difensive e di conoscenza del procedimento da parte dell'indagato/imputato e delle opportunità di partecipazione al procedimento per la persona offesa, oltre che quello di un'accelerazione del procedimento e di contribuire ad alleggerire il gravoso carico della Corte di Cassazione.

Naturalmente sarà la concreta applicazione delle norme a chiarire quanto l'intervento riformatore sia atto al perseguimento degli obiettivi suddetti; la sensazione, tuttavia, per un operatore pratico che tenga presente "i numeri" che caratterizzano gran parte degli uffici giudiziari italiani, è che taluni degli scopi siano confliggenti tra loro, nel senso che, per esempio, le innovazioni in materia di avocazione, lungi dal determinare una velocizzazione dei tempi, potrebbero ritardare ulteriormente la definizione dei procedimenti, così come l'appesantimento degli oneri notificatori nei confronti della persona offesa potrebbe distogliere energie che gli uffici di Procura avrebbero potuto dedicare ad altro.

Aspetto tecnicamente ostico, infine, su cui la novella non ha offerto sempre indicazioni specifiche, è quello della disciplina intertemporale, rispetto ad innovazioni che spesso incidono su singoli svincoli di subprocedimenti più ampi, in cui è difficile individuare quale sia l'*actum* cui ancorare il *tempus* di operatività della novella.

1. La limitazione della possibilità di differire i colloqui con il difensore

Il comma 3 dell'art. 104 c.p.p. è stato interpolato dall'art. 1 co. 25 L. 103 / 2017, allo scopo di ridurre l'ambito applicativo della norma sul differimento dei colloqui con il difensore del soggetto sottoposto a limitazione della libertà personale. Tale norma, in assenza di disciplina transitoria, è entrata in vigore dopo l'ordinaria *vacatio legis*, quindi il 3 agosto 2017.

A seguito dell'operatività della novella, dunque, tale possibilità è riconosciuta solo «per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis*¹ e 3-*quater*²», fermi restando gli altri connotati, vale a dire che essa resta limitata al caso in cui sussistano specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, che è possibile per un tempo massimo di cinque giorni³ e che il differimento è consentito sia nel caso di applicazione di misura cautelare personale custodirla, sia in caso di arresto o fermo⁴, nel primo caso su richiesta del P.M. e decreto del giudice, nel secondo, prima della messa a disposizione del soggetto al giudice, su provvedimento dello stesso P.M.

La portata della norma sull'esercizio del diritto di difesa, in una fase nevralgica come quella che precede l'interrogatorio di garanzia o l'udienza di convalida, è

¹ 3-*bis*. Quando si tratta di procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3 e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis*, 416-*ter* e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

² 3-*quater*. Quando si tratta di procedimenti per i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

³ Prima della L. 332 del 1995, il termine massimo di dilazione era di sette giorni.

⁴ Il comma quarto opera un rinvio recettizio al comma 3 e ne ha, quindi, incorporato le modifiche.

evidente, laddove un arrestato, fermato o sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere può, se la limitazione del diritto al colloquio è disposta per il termine massimo di legge di cinque giorni e tenuto conto dei termini di rito di cui agli artt. 390 o 294 c.p.p., trovarsi a rendere dichiarazioni all'A.G. senza avere prima avuto alcun consulto legale.

Né tale *vulnus* subisce un sensibile ridimensionamento con l'esercizio successivo di tale diritto, perché la rilevanza a carico o a discarico che, secondo regole di giudizio piuttosto consolidate, si attribuisce alle dichiarazioni rese nell'immediatezza è ben diversa, e molto più significativa, rispetto a quella attribuita a dichiarazioni successive, ritenute meno affidabili in quanto più sensibili a riflessioni e scelte tattiche; non solo: il mancato confronto con il difensore può incidere sulla scelta, anch'essa di grande rilevanza strategica, di avvalersi della facoltà di non rispondere, conducendo a scelte difficilmente rimediabili dall'assistito.

Neanche si tratta, d'altra parte, di un *vulnus* censurabile agevolmente e con immediatezza.

Il decreto, infatti, non è autonomamente impugnabile, ma la mancanza dei requisiti di legge può dare luogo ad una censura, fondata sulla violazione degli artt. 178 co. 1 lett. c) e 180 c.p.p.⁵, che verta sulla nullità derivata dell'interrogatorio tenutosi⁶, eventualmente suscettibile di determinare declaratoria di inefficacia della misura cautelare *ex art.* 302 c.p.p.; si tratta di un *iter* articolato, che inizia con la richiesta di inefficacia al G.I.P. e, che continua, in caso di rigetto, dinanzi al Tribunale dell'appello cautelare, e sempre che la relativa eccezione sia stata formulata prima della chiusura dell'interrogatorio, altrimenti determinandosi la sanatoria di cui all'art. 182 co. 2 c.p.p.⁷.

Ciò posto, l'interpolazione in discorso è stata salutata con favore dai detrattori della norma finora vigente, perché, da un lato, riduce obiettivamente l'ambito applicativo della limitazione, dall'altra la relega a reati di particolare gravità, cioè quelli che giustificano il cd. "doppio binario", per i quali molte sono le eccezioni a regole di garanzia presenti nel panorama normativo, cui l'interprete è abituato e che vedono il nostro legislatore particolarmente severo sul punto.

Certo, si è persa un'occasione, vale a dire quella di specificare normativamente i presupposti oggettivi di tale limitazione.

È noto, infatti, che sul concetto di «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela», vi è molta incertezza,

⁵ Sul punto, cfr. R. BERTUOL, *Il differimento del colloquio con il difensore nella Riforma Orlando: ancora poca certezza sulle "eccezionali ragioni di cautela"*, focus del 30.6.17, in *il Penalista.it*.

⁶ Quello di garanzia o quello, pacificamente alternativo a quest'ultimo, che si tiene all'udienza di convalida.

⁷ Sul punto, cfr. M. SIMONATO, *Il differimento del colloquio tra indagato in vinculis e difensore, tra orientamenti consolidati e interpretazione convenzionalmente orientata in vinculis e difensore, tra orientamenti consolidati e interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Giur. merito*, fasc. 4, 2011, p. 1078.

giacché si tratta di una definizione che si presta ad interpretazioni variegata⁸ e che ha condotto la giurisprudenza di legittimità a ritenere adeguata la giustificazione legata alla pluralità di indagati ed alla necessità di evitare che la comunicazione con il difensore potesse dare luogo a "osmosi" nelle tesi offerte (Cass. Pen. Sez. VI, 27.6.2001⁹). Tale impostazione, tradendo una sfiducia nella correttezza e addirittura nella liceità dell'operato dei difensori, è stata tuttavia criticata¹⁰, ma francamente non si intravede una direttrice interpretativa diversa e facilmente percorribile per riempire di significato la locuzione¹¹.

Circa la condivisibilità della scelta di limitare il differimento a parte dei reati di competenza distrettuale, i primi commentatori si sono divisi. Da una parte, vi è chi ha ritenuto che escludere alla radice il potere di differimento per tutti i procedimenti per reati diversi da quelli di criminalità organizzata e terroristica sia stata una scelta troppo *tranchant* e, pertanto, inopportuna¹²; dall'altra all'opposto, si è ritenuto che la scelta legislativa avrebbe dovuto del tutto abolire la possibilità di differimento, non solo perché troppo compromettente per la posizione dell'indagato, ma anche perché lo stigma del reato distrettuale potrebbe essere legato solo ad un'impostazione iniziale delle indagini, che potrebbe poi rivelarsi errata, intanto compromettendo l'esercizio di un'importante prerogativa difensiva¹³.

2. L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio

Un'altra modifica che va nel senso di rendere effettive le garanzie dell'indagato/imputato è quella concernente l'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio.

Il legislatore, infatti, ha inserito, nell'art. 162 c.p.p., un comma *4-bis* in forza del quale l'elezione «non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione», l'assenso del difensore domiciliatario.

Tale norma, in assenza di disciplina transitoria, è entrata in vigore dopo l'ordinaria *vacatio legis*, quindi

⁸ R. BERTUOL, *Il differimento del colloquio con il difensore nella Riforma Orlando*, cit.

⁹ In termini anche le più risalenti Cass. Pen., sez. V, 27 settembre 1993, Zambrotti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 99 ss.; Cass. Pen., sez. I, 3 giugno 1996, Caforio, in *Cass. pen.*, 1998, 1135 ss.

¹⁰ R. BERTUOL, *Il differimento del colloquio con il difensore nella Riforma Orlando*, cit.

¹¹ Si è opinato che sarebbe stato opportuno specificare che le esigenze devono essere concrete, con un termine adoperato anche nell'art. 274 c.p.p. e che tende a valorizzare circostanze specifiche che facciano sorgere i *pericula*; a sostenere la tesi della concretezza, M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

¹² M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma orlando: le modifiche attinenti al processo penale* cit.

¹³ R. BERTUOL, *Il differimento del colloquio con il difensore nella Riforma Orlando*, cit.

il 3 agosto 2017.

E' evidente che la novella mira a porre un argine alle situazioni, formalmente corrette ma sostanzialmente elusive delle garanzie di effettività della conoscenza degli atti, in cui un soggetto sottoposto ad indagini privo di difensore di fiducia ed a cui sia stato nominato un difensore di ufficio – per lo svolgimento di attività che ne richiedano la partecipazione effettiva o potenziale¹⁴ e che magari non vi presenzi proprio – indichi quale domiciliatario proprio quel professionista.

Se, come accade nella maggior parte dei casi, a tale atto non segua l'instaurazione effettiva di un rapporto professionale e l'avvocato conosca delle vicende dell'assistito solo per l'eventuale notifica di atti contenenti la nomina o di provvedimenti relativi ad attività per cui sia prevista la presenza del difensore, senza che tra i due vi sia mai alcun contatto (per inazione dell'uno o dell'altro o di entrambi), la consegna della copia destinata all'assistito al difensore rischia di essere solo un simulacro di conoscenza dell'atto¹⁵.

Non solo: l'elezione di domicilio è un indice di conoscenza del procedimento che, ai sensi dell'art. 420-bis co. 2 c.p.p., consente al giudice di procedere in assenza dell'imputato, una volta ottenuta una notifica per l'udienza effettuata nelle forme legali e, quindi, nel caso di elezione di domicilio ritenuta valida, con notifica presso il difensore di ufficio. Così creandosi, prima della riforma, un sistema a circuito chiuso all'interno del quale chi poteva restare estraneo ai necessari momenti conoscitivi della propria vicenda processuale era proprio l'imputato¹⁶.

¹⁴ Si pensi, tra l'altro, al disposto degli artt. 97 co. 3, 350 co. 1 e 356 c.p.p.

¹⁵ Secondo un primo commento, ciò è frutto anche della "cattiva abitudine" di non applicare l'art. 62 disp. att. c.p.p., che prevede l'obbligo della indicazione delle generalità del domiciliatario, indicazione che testimonierebbe di un effettivo rapporto con esso. Cfr. G. BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e le implicazioni neglette dal Legislatore*, focus del 28.6.17, in *il Penalista.it*. Dello stesso autore, utile ad inquadrare le tensioni che hanno generato la modifica normativa, *Elezione di domicilio presso l'ignaro difensore d'ufficio e rifiuto di costui del ruolo e delle notifiche*, focus del 13.10.16, in *il Penalista.it*.

¹⁶ Per la verità, su questo tema la Corte di Cassazione (da ultima S.C. n. 9441/2017 – cc 24 gennaio 2017, dep. 27 febbraio 2017) aveva adottato un'interpretazione restrittiva laddove, tuttavia, non era stata valorizzata tanto la circostanza che l'elezione di domicilio fosse stata effettuata presso il difensore di ufficio – tanto che vi è analogo precedente della stessa sezione anche in merito all'elezione di domicilio presso il difensore di fiducia (Sez. 2, Sentenza n. 12630 del 2015) – ma che essa fosse avvenuta nella fase degli accertamenti preliminari della P.G., quando non vi era stata ancora iscrizione nel Registro Generale delle Notizie di Reato («In tema di processo celebrato in assenza dell'imputato, la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso non può essere desunta dalla elezione di domicilio presso il difensore di ufficio effettuata, nell'immediatezza dell'accertamento del reato, in sede di redazione del verbale di identificazione d'iniziativa della polizia giudiziaria»). Sul tema è stata anche adita la Corte Costituzionale che, con la sentenza n.

Per evitare tutto ciò, il legislatore è intervenuto prevedendo l'assenso espresso del professionista, il che significa non solo che questi deve assumersi lo specifico onere – con la relativa responsabilità – *cognita causa*, ma anche che deve impegnarsi di persona, il che esclude che si possano verificare nuovamente quelle situazioni in cui la raccolta dell'elezione di domicilio avvenga senza che il difensore apprenda di essere stato indicato quale domiciliatario dell'assistito.

Molteplici sembrano, tuttavia, essere i problemi interpretativi legati a detta norma.

In primo luogo le forme dell'assenso, vale a dire se esso debba essere dato per iscritto o possa essere semplicemente verbalizzato dall'autorità che lo riceve; a questo proposito si ritiene che l'atto possa seguire le stesse modalità di rilascio di cui all'art. 162 co. 1 c.p.p. ovvero anche – come ipotizzato nelle prime fasi di operatività della riforma – che possa anche essere raccolto con modalità semplificata, ma pur sempre idonea ad attestare il consenso del professionista ed a rendere possibile, già in quella sede, un effettivo contatto tra quest'ultimo e l'assistito, tenendo conto del fatto, quindi, che se esso viene trasmesso o rilasciato a distanza, ciò dovrà avvenire contestualmente alla dichiarazione del soggetto difeso¹⁷.

31 del 9 febbraio 2017 (camera di consiglio del 5 ottobre 2016), ha dichiarato inammissibile la questione sollevata concludendo nel senso che «la individuazione degli strumenti attraverso cui consentire al giudice di verificare che l'assenza dell'imputato al processo sia espressione di una consapevole rinuncia a comparire non può che essere affidata alla discrezionalità del legislatore, trattandosi di scelte che investono la disciplina degli istituti processuali, nella specie quello delle notificazioni degli atti introduttivi del giudizio penale». La Corte aveva, però, precisato che il rimettente non aveva fornito elementi per consentire «di valutare se, nel caso concreto, vi sia stata un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'imputato e, quindi, se si siano o meno realizzate le condizioni da cui dedurre l'esistenza di un rapporto di informazione tra il legale, benché nominato di ufficio, e l'assistito», dando per scontato che la verifica circa l'effettiva instaurazione del rapporto assistito/difensore fosse condizione essenziale per ritenere ben riuscita la notifica al difensore di ufficio domiciliatario.

¹⁷ In questo senso, si vedano le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli dell'1.8.2017, accessibili all'indirizzo <http://www.procura.tivoli.giustizia.it/Default.aspx> e pubblicate su *il Penalista.it*, in cui si propone il seguente meccanismo operativo per la P.G.

«In conclusione, la polizia giudiziaria:

- a) procederà all'identificazione della persona nei cui confronti svolge indagini e la inviterà a nominare un difensore;
- b) procederà agli avvisi previsti dall'art. 161 c.p.p.;
- c) potrà o dovrà procedere, qualora l'interessato non indichi un difensore di fiducia, alla individuazione del difensore d'ufficio, con le modalità previste dall'art. 97 c.p.p.;
- d) procederà a verbalizzare la volontà della persona sottoposta a indagini circa la dichiarazione o elezione di domicilio;
- e) procederà, nel caso di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, a (tentare di) comunicare a mezzo fonogramma (al numero di telefono indicato dall'Ufficio centralizzato contattato ritualmente) la nomina ex art. 30 disp. att. c.p.p. e a richiedere l'assenso del difensore d'ufficio. Consentirà anche il

A questa osservazione si ricollega un'altra questione, vale a dire quella dei tempi dell'assenso, cioè se esso debba essere contestuale all'elezione di domicilio o possa essere successivo, questione cui sembra potersi rispondere che il dettato normativo non evidenzia incertezze, laddove si legge «unitamente alla dichiarazione di elezione».

Tale interpretazione appare, d'altra parte, essere quella più in linea con la logica dell'intervento normativo per assicurare che tra avvocato e assistito vi sia effettivamente un contatto, laddove entrambi devono manifestare contestualmente la propria volontà a chi raccoglie o riceve le loro dichiarazioni, il che consente anche di assicurare la dovuta conoscenza all'assistito del mancato rilascio dell'assenso da parte del legale. Ciò sarà evidentemente facile quando l'elezione di domicilio sia raccolta in occasione di un atto garantito svolto con la necessaria presenza del difensore dalla P.G., dal P.M. o dal giudice; mentre diventa ipotesi più difficoltosa, quando la nomina sia effettuata in occasione di atti che non prevedono la necessaria presenza del difensore, per cui dovranno adottarsi schemi operativi che consentano un'effettiva presa di coscienza del difensore di ufficio indicato quale domiciliatario, una reale presa di posizione di quest'ultimo e una conoscenza dell'indagato dell'eventuale scelta di non accettazione del difensore¹⁸.

Altro interrogativo che pure i primi commentatori si sono posti¹⁹ è quello concernente le conseguenze di un mancato assenso, vale a dire se ciò determini che l'elezione sia *tamquam non esset*, ovvero se essa debba essere considerata validamente prestata, ma inidonea, sì da determinare il meccanismo di cui all'art. 161 co. 4 primo e secondo periodo c.p.p. o se, ancora, il mancato assenso possa essere assimilato al caso fortuito o forza maggiore che, a norma dell'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 161 c.p.p., determina la necessità di ricorrere ai meccanismi notificatori "classici" di cui all'art. 157 c.p.p.

Sembra francamente di poter accedere alla prima o,

contatto telefonico tra difensore e persona sottoposta a indagini (dandone atto a verbale). Successivamente:

- nel caso di assenso, ne darà atto a verbale e la dichiarazione di domicilio produrrà i suoi effetti;
- nel caso in cui non riesca a contattare tempestivamente il difensore (circostanza, invero, residuale trattandosi di difensore che ha l'onere della reperibilità) e/o non riceva l'assenso, darà atto della circostanza e avviserà l'interessato che l'elezione di domicilio è priva di effetti, perciò inidonea (o mancante), con le conseguenze di cui all'art. 161, comma 4 secondo periodo c.p.p., invitandolo nuovamente a provvedere a quanto previsto dall'art. 161 comma 1 c.p.p.;

g) inoltrerà, in ogni caso, il verbale a mezzo pec al difensore d'ufficio nominato.».

¹⁸ In questo si richiamano le indicazioni contenute nelle linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit.

¹⁹ Cfr. G. BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e le implicazioni neglette dal Legislatore*, cit.

al più, alla terza delle ricostruzioni suddette, sia sulla base di un'interpretazione letterale, sia sulla scorta di un'esegesi legata alla *ratio* dell'intervento normativo.

Quanto al primo aspetto, la norma recita «non ha effetto» il che rende difficilmente sostenibile che alla stessa possano essere attribuiti effetti legali²⁰; quanto al secondo, va osservato che, se la logica della norma è quella di irrobustire il sistema di conoscenza del nostro processo, attribuire la possibilità della scorciatoia di cui al co. 4 primo e secondo periodo anche ai casi in cui il difensore legittimamente neghi l'assenso – perché non intende assumersi gli oneri della comunicazione all'assistito – significa tornare al punto di partenza o peggio, perché in questo caso il professionista ha espressamente affermato di non essere disposto a fare da *trait d'union* tra il soggetto difeso e il procedimento.

Altra questione è quella della possibilità di una revoca successiva dell'assenso e delle sue conseguenze in termini di validità o efficacia dell'elezione; ebbene, tale atto è certamente possibile (non potendosi immaginare un assenso irretrattabile) ma, mai come in questo caso, laddove l'assistito potrebbe non essere proprio a conoscenza di tale circostanza sopravvenuta, a maggior ragione occorre ritenere posta nel nulla o neutralizzata da una circostanza di forza maggiore o caso fortuito la precedente elezione, con la reviviscenza dell'obbligo di notifica tradizionale.

Diverso è, infatti, il rapporto che l'assistito ha con il proprio difensore di fiducia²¹ – che induce a confidare sul fatto che sia venuto a conoscenza della rinuncia e non abbia ritenuto di aggiornare l'autorità sulla modifica e rende legittimo far ricadere su lui stesso le

²⁰ In questo senso le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit.

²¹ Nel senso, almeno nel vecchio regime, dell'applicazione del meccanismo dell'art. 161 co. 4 primo e secondo periodo c.p.p., in casi che sembrano, però, essere concernenti difensori di fiducia, cfr. Cass. Pen., sez. IV, 20/05/2010, (ud. 20/05/2010, dep.11/08/2010), n. 31658: «Ciò premesso, va osservato che l'elezione di domicilio costituisce dichiarazione ricettizia di volontà ed implica un rapporto di fiducia tra il destinatario e tutte le persone che sono in grado di ricevere l'atto nel luogo eletto. Si tratta pertanto di un rapporto bilaterale che è destinato a venire meno se anche uno solo dei suoi due termini ritira la fiducia: l'imputato con la revoca dell'elezione; ovvero il destinatario con il rifiuto della ricezione dell'atto. La conseguenza di tali condotte determina la sopravvenuta inidoneità della elezione di domicilio a raggiungere lo scopo a cui è preordinata e legittima, quindi, l'utilizzo per le notificazioni del disposto di cui all'art. 161 c.p.p., comma 4 che prevede la notifica presso il difensore (cfr. Cass. 5ª, 2493/98, Mariani). Nel caso di specie, pertanto, avendo il difensore dell'imputato, con la missiva del 26/11/2007, informato l'A.G. di rifiutare la notifica degli atti al domicilio eletto, si è determinata una situazione di inidoneità dell'elezione, che ha legittimato la notifica destinati all'imputato, ai sensi dell'art. 161 c.p.p., comma 4, presso il difensore di fiducia, sebbene tale notifica sia stata effettuata sul presupposto della irrilevanza del rifiuto (v. ord. della C. di Appello del 16/6/09), valutata la equipollenza degli effetti.». In termini, Cass. Pen., sez. I, 21/09/2012, (ud. 21/09/2012, dep.21/11/2012), n. 45566.

conseguenze di tale condotta – rispetto a quello con il difensore di ufficio; nel caso di quest'ultimo, infatti, la mancanza di un rapporto preferenziale e fiduciario non consente di ritenere che il professionista abbia – o abbia potuto – assolvere gli oneri informativi nei confronti dell'assistito, sì da renderlo edotto della sopravvenuta indisponibilità a ricevere gli atti.

3. La partecipazione della persona offesa al procedimento

Sulla scia del dlgs. 212 / 2012 e per dare piena attuazione alle indicazioni provenienti dalla direttiva 2012/29/UE, sono stati inseriti ulteriori puntelli tesi a rafforzare le garanzie di conoscenza e di intervento della persona offesa nella fase delle indagini.

3.1 Il diritto all'informazione sullo stato del procedimento

Il co. 3-ter dell'art. 335 c.p.p., inserito con la novella, infatti, prevede che, senza pregiudizio del segreto investigativo, decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela, la persona offesa dal reato può chiedere di essere informata dall'autorità che ha in carico il procedimento circa lo stato del medesimo. Per evidente finalità di adeguamento, si è inserito nella comunicazione sui diritti di cui all'art. 90-bis c.p.p. l'avviso della «facoltà di ricevere comunicazione del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-ter».

La nuova norma fornisce supporto normativo alla possibilità di sapere cosa l'autorità che ha in carico il procedimento sorto sulla scorta del proprio atto di impulso abbia fatto, entro un termine che è generalmente precedente a quello di scadenza ordinaria delle indagini preliminari, a causa del differimento, fisiologico o patologico, tra il momento di ricezione della notizia di reato e quello dell'iscrizione; di quanto la presentazione della querela/denuncia preceda l'iscrizione del fascicolo nel registro generale notizie di reato (Mod. 21) o nel registro ignoti (Mod. 44) dipende dai tempi di trasmissione della notizia di reato da parte della P.G., nel caso in cui l'atto di impulso del procedimento sia ricevuto non già direttamente in Procura, ma dagli uffici di P.G. dislocati sul territorio²²; ma dipende anche dai ritardi – ovviamente, quando non ci siano atti soggetti a convalida – nell'iscrizione da parte del P.M. e nella concreta esecuzione del provvedimento di iscrizione del P.M. da parte della segreteria, ritardi che, nella pratica, sono frequenti a causa delle croniche carenze di personale di magistratura ed amministrativo negli uffici.

²² L'art. 347 co. 1 c.p.p. prevede che la P.G., acquisita la notizia di reato, senza ritardo riferisca al P.M., il che evidenzia come vi sia un margine di tolleranza, non predeterminato, di scostamento tra il momento del deposito della denuncia-querela e quello in cui il P.M. ha concretamente la possibilità di disporre l'iscrizione perché la P.G. ha trasmesso gli atti.

Deve dirsi che la norma si affianca a quella dell'art. 335 co. 3 c.p.p., che già prevedeva la possibilità, per la persona offesa come per l'indagato, di formulare richieste tese a conoscere dell'esistenza dell'iscrizione, del nome di indagato e persona offesa e del titolo di reato; oggi la parte avrà diritto, ma non prima di sei mesi, di sapere anche dello stato del procedimento, vale a dire se esso sia stato oggetto di provvedimenti definitivi del P.M. (richiesta di archiviazione, decreto di citazione diretta a giudizio, richiesta di decreto penale, richiesta di rinvio a giudizio, procedura di patteggiamento ex art. 447 c.p.p., procedura di oblazione), essendo ovviamente esclusa la possibilità di conoscere richieste interlocutorie (si pensi ad una richiesta di misura cautelare, di sequestro preventivo o di intercettazioni) e non essendovi, invece, elementi contrari a ritenere che la persona offesa possa sapere anche dell'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari²³ ovvero della richiesta di data udienza nei procedimenti a citazione diretta, trattandosi di fasi in cui vi è stata ostensione degli atti.

Appare scontato, sia per il dato testuale, sia perché un'interpretazione diversa e più ampia avrebbe una portata dirompente, che la persona offesa potrà conoscere delle vicende del procedimento, ma non potrà avere accesso al contenuto del fascicolo, se ancora pendente, onde verificare concretamente cosa il P.M. abbia fatto a seguito della denuncia, ad eccezione dei casi in cui vi sia stata *discovery* nei confronti dell'indagato (si pensi all'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari), nei quali non si ravvisano motivi ostativi alla conoscenza degli atti anche da parte della persona offesa.

È evidente altresì che la norma di nuovo conio – che si inserisce in un intervento normativo che mira anche a controllare e sanzionare la mancanza di celerità dell'attività del P.M. (cfr. *infra*) – sia destinata fondamentalmente a fungere da strumento per consentire all'offeso di effettuare solleciti alla parte pubblica che non abbia ancora definito il fascicolo ovvero a determinarsi per una richiesta di avocazione ai sensi dell'art. 413 c.p.p. e non a conoscerne le sorti quando esso sia già stato definito; ciò lo si ricava in punto di logica giacché, della maggior parte della richiesta definitiva, il P.M. è già tenuto ad informare la persona offesa sia "in automatico" (quando esercita l'azione penale ovvero quando richiede l'archiviazione di un procedimento per reati con violenza alla persona ex art. 408 co. 3 bis c.p.p.) ovvero su espressa richiesta di detta parte (quando chiede l'archiviazione in un procedimento in cui la persona offesa abbia chiesto di essere avvisata ex art. 408 co. 2 codice di rito). Ne consegue che, più che per permettere alla persona offesa di comprendere come il fascicolo sia stato definito, la norma avrà effi-

²³ Si ricorda che, per i reati di cui agli artt. 572 e 612-bis c.p., l'art. 415-bis co. 1 c.p.p. già prevede che l'avviso vada notificato anche al difensore della p.o. o, in mancanza, a quest'ultima.

cacia pratica per renderla edotta che esso, nonostante l'approssimarsi della scadenza dei termini delle indagini preliminari, è ancora pendente.

Quanto all' «autorità che ha in carico il procedimento» di cui parla la norma nel definire quella che deve fornire l'informazione, deve ritenersi che, anche quando il fascicolo non si trovi più in Procura – perché, per esempio, pende al G.I.P. con richiesta di archiviazione –, l'informazione non debba essere fornita da altri che non sia il P.M., in quanto, in primo luogo, la richiesta verrà sicuramente depositata in Procura, giacché si tratta dell'ufficio dove la persona offesa ha la certezza che la notizia di reato sia transitata, a prescindere dalle evoluzioni successive del procedimento, e, in secondo luogo, è il Procuratore della Repubblica ad essere il tenentario del registro generale notizie di reato, nell'ambito della cui regolamentazione è inserita la nuova disposizione.

L'informazione può essere negata per la necessità di tutelare il segreto investigativo e, secondo i primi commentatori²⁴, evidentemente critici sul punto, la norma non vincolerebbe il P.M. il quale avrebbe un'ampia discrezionalità, il che determinerebbe la necessità, per la persona offesa, di sperare che «l'informazione le venga graziosamente concessa» dalla parte pubblica.

Ebbene, a questo proposito, deve dirsi che l'interpretazione secondo cui quella della persona offesa sarebbe solo un'aspettativa di tal fatta non convince; al di là dell'ostacolo del nocumento cui l'ostensione potrebbe esporre l'indagine e confidando in una corretta interpretazione di esso, la norma è impostata nel senso di prevedere la possibilità di una richiesta («può chiedere di essere informata»), ma non la facoltività della risposta, sicché è evidente che, in assenza di specificazioni diverse e fatta salva la salvaguardia del segreto investigativo, alla richiesta della persona offesa deve corrispondere la risposta dell'autorità.

In sede di prima applicazione, si è escluso, di contro, che la persona offesa possa avanzare una richiesta, magari nel corpo della denuncia o della querela, in cui chieda di essere edotta dello stato del procedimento alla scadenza, data la collocazione della norma nell'articolo 335 c.p.p., che disciplina, tra le altre cose, le comunicazioni a richiesta specifica circa le iscrizioni nel registro generale notizie di reato²⁵. Si condivide

detta interpretazione anche riguardando la lettera della norma che recitando «decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela, la persona offesa dal reato può chiedere di essere informata dall'autorità che ha in carico il procedimento circa lo stato del medesimo» colloca chiaramente proprio la richiesta – e non l'evasione di essa – dopo i sei mesi.

La nuova normativa non è oggetto di disciplina transitoria, sicché essa si applicherà dal 3 agosto 2017 a tutti i procedimenti in cui sia decorso il termine di sei mesi dalla denuncia o dalla querela.

3.2 L'ampliamento del diritto all'avviso di cui all'art. 408 co. 3-bis c.p.p.

Meno di quattro anni dopo l'entrata in vigore della L. 119/13, la portata dell'art. 408 co. 3-bis c.p.p. è stata ampliata, giacché, accanto ai reati con violenza alla persona, è previsto che l'avviso della richiesta di archiviazione spetti – a prescindere da apposita richiesta – anche alla persona offesa del reato di furto con strappo o di furto in abitazione.

Il legislatore ha evidentemente ritenuto di particolare gravità tale fattispecie, sì da imporre che la persona offesa sia messa in condizione, in questo più che in altri reati, di sapere se il P.M. ha scelto la via dell'archiviazione, per esercitare il diritto di opposizione.

Tale scelta legislativa è stata criticata²⁶ sia per la tecnica normativa utilizzata, improntata ad interventi non sistematici, ma casistici, sia per la scelta in sé di richiamare solo questo reato, scelta di cui non si comprende la razionalità.

Un'altra notazione critica potrebbe, invece, attenersi all'impatto pratico di questa norma e ad una valutazione costi/benefici, notazione che può essere formulata sulla base dell'esperienza maturata sul campo, a fronte di una “tipologia” di persona offesa, quella dei reati predatori in discorso, appunto, sostanzialmente disinteressata alle sorti del procedimento (è rarissimo, infatti, che tali vittime chiedano l'avviso ex art. 408 co. 3 c.p.p. ed ancor più raro che esse nominino un difensore e che esercitino il diritto di opporsi); le Procure della Repubblica, infatti, saranno “schiazzate” da ulteriori adempimenti proporzionati al numero – cospicuo – di procedimenti contro ignoti per furto in abitazione o furto con strappo²⁷, che imporranno alle

²⁴ M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, cit.

²⁵ Nelle direttive della Procura della Repubblica di Tivoli cit. si legge: «Il testo dell'art. 335, comma 3-ter, c.p.p., riferendosi alla facoltà di “chiedere di essere informata” potrebbe autorizzare un'interpretazione nel senso di consentire di avanzare una richiesta in tal senso (o all'atto della denuncia/querela o successivamente) con obbligo del pubblico ministero di procedere ad un'apposita comunicazione allo spirare dei sei mesi. Tale interpretazione va disattesa in considerazione, non solo dalla collocazione del nuovo comma nell'art. 335 c.p.p., dedicato al Registro notizie di reato e alle comunicazioni relative consentite, ma anche dalla modi-

fica (collegata) apportata all'art. 90-bis, comma 1 lett. f), in cui più precisamente si parla di facoltà di ricevere comunicazione del procedimento.....di cui all'articolo 335, commi 3-ter».

²⁶ M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma orlando: le modifiche attinenti al processo penale*, cit.

²⁷ Si concorda con la critica mossa alla legge da A. LEOPIZZI *Archiviazione della notizia di reato. Le modifiche introdotte dalla Riforma della giustizia penale*, in *il Penalista.it*, focus dell'11.7.17. Si dissente invece, dall'Autore, quando ipotizza che l'inserimento riguardi solo l'allungamento del termine per proporre opposizione, in quanto non vi è una costruzione sintattica che consente di differenziare la sorte dei procedimenti per reati con violenza alla persona da quella del reato ex art. 624-bis c.p.

segreterie attività massicce di notificazione nelle forme degli artt. 154 e 157 c.p.p., non agevolate dalla disposizione di cui all'art. 33 disp. att. c.p.p. e dalla contestuale possibilità di notificare l'avviso a mezzo di S.N.T. (Sistema notifiche telematiche) al difensore della persona offesa quale domiciliatario *ex lege*.

Insomma, un peso ulteriore per uffici giudiziari già in ginocchio per le carenze di personale amministrativo, di cui non si comprende, in una valutazione di politica giudiziaria, la reale utilità²⁸.

Anche questa parte della novella non è oggetto di disciplina transitoria, sicché essa si applicherà a tutti i procedimenti in cui la richiesta di archiviazione sia pervenuta al G.I.P. dopo il 3 agosto 2017, mentre per le richieste avanzate precedentemente, legittimamente il P.M. le avrà depositate presso l'ufficio G.I.P. senza la prova della notifica dell'avviso alla persona offesa del reato di cui all'art. 624-*bis* c.p. – che non avesse chiesto di essere avvisata *ex art.* 408 co. 3 c.p.p. – in quanto si trattava di attività informativa non dovuta al momento del deposito della richiesta nella segreteria del P.M., che coincide con quello in cui sarebbe dovuto partire l'avviso.

3.3 La dilatazione dei termini per proporre opposizione

Con la modifica degli artt. 408 co. 3 e con quella ulteriore dell'art. 408 co. 3-*bis* c.p.p., il termine generale per presentare opposizione alla richiesta di archiviazione è stato portato da dieci a venti giorni mentre quello specifico per reati con violenza alla persona e per il reato di cui all'art. 624-*bis* c.p. (reato inserito dalla novella nella norma che impone l'avviso) da venti a trenta giorni. Il P.M., nelle more del decorso di tale

²⁸ I problemi organizzativi, l'inutile dispendio di energie, i rallentamenti inutili che tale norma produce e i possibili rimedi atti a contemperare i diritti partecipativi della persona offesa e la celerità di definizione, sono segnalati nelle Linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli cit., dove si è prevista la possibilità di indicare alla P.G. un *modus operandi*, teso a selezionare i casi di effettivo interesse della persona offesa all'avviso: « In conclusione, una corretta interpretazione della nuova disposizione consente di prevedere modalità di libero esercizio della volontà della persona offesa, non potendo ipotizzarsi un'irrinunciabilità dell'avviso. D'altra parte va evitata la possibile elusione della normativa. Gli interessi indicati possono ben essere bilanciati prevedendo che all'atto della presentazione della denuncia, qualora non emergano elementi per svolgere specifiche indagini, sia spiegato in modo comprensibile:

- a) che la parte offesa (che normalmente coincide col denunciante) ha diritto ad essere avvisata della richiesta di archiviazione per essere rimasti ignoti gli autori del reato di cui all'art. 624-*bis* (nonché dei delitti con violenza alla persona). Qualora intenda ricevere tale avviso e, dunque, la relativa notifica, non deve esprimere alcuna volontà;
- b) che qualora la parte offesa non sia interessata a ottenere tale avviso deve espressamente rinunciare al diritto;
- c) che nel caso di rinuncia potrà sempre modificare tale volontà comunicandola al pubblico ministero o alla stessa polizia giudiziaria.».

termine, deve trattenere presso di sé il fascicolo e trasmetterlo, poi, una volta decorsi i termini, con o senza opposizione (art. 126 disp. att. c.p.p.)

Il tutto – è evidente – per ampliare i margini di intervento della persona offesa soprattutto rispetto a procedimenti in cui gli atti da copiare e studiare (anche al fine di redigere un atto di opposizione) siano cospicui.

Come già sopra segnalato, anche questa parte della novella non è oggetto di disciplina transitoria, sicché – si ritiene – essa si applicherà a tutti i procedimenti in cui la richiesta di archiviazione sia pervenuta al G.I.P. dopo il 3 agosto 2017 – previo esaurimento del termine più ristretto anteriore alla riforma – e non per le richieste depositate prima.

4. La sanzione all'inerzia dell'indagato nel promuovere incidente probatorio

All'evidente fine di accelerare i tempi delle indagini preliminari e di sanzionare eventuali condotte strumentali tese a porre nel nulla le possibilità di accertamento tecnico del P.M., il legislatore ha inserito un termine per il promovimento dell'incidente probatorio dopo la riserva di cui all'art. 360 co. 4 c.p.p.²⁹.

Nel caso di accertamenti tecnici irripetibili – lo si ricorderà – la procedura partecipata di cui all'art. 360 co. 1 c.p.p. può essere paralizzata dall'iniziativa dell'indagato, il quale può avanzare riserva di incidente probatorio³⁰, senza che però fosse previsto, prima della novella in discorso, entro quanto tempo dalla riserva la relativa richiesta dovesse essere presentata; va altresì ricordato che tale riserva non era e non è possibile per una specifica sottocategoria degli atti non ripetibili, vale a dire quelli non differibili, quindi urgentissimi, rispetto ai quali il P.M. poteva e può ignorare la riserva e procedere comunque, salva la valutazione successiva sul corretto esercizio di tale opzione e sull'utilizzabilità della prova raccolta *ex art.* 360 c.p.p.

La riserva dell'indagato, rispetto agli atti diversi da quelli non differibili, quindi, era idonea a paralizzare praticamente *sine die* le possibilità investigative del P.M., pena la inutilizzabilità in dibattimento dell'accertamento comunque svolto *ex art.* 360 c.p.p. dal P.M. sordo all'iniziativa dell'indagato³¹.

Oggi – dopo l'entrata in vigore della L. 103 che, anche sul punto, non ha previsto disciplina transitoria – il termine per promuovere l'incidente probatorio dopo la riserva è testualmente previsto dall'art. 360

²⁹ Sul tema, cfr. A. BASSI, *Riforma penale: Il limite temporale al potere di veto dell'indagato per lo svolgimento di incidente probatorio*, in *il Penalista.it*, focus del 3.7.2017.

³⁰ Per non rinunciare alla raccolta della prova nel contraddittorio delle parti.

³¹ Sulla limitazione dell'inutilizzabilità alla fase dibattimentale (e non alle misure cautelari ed all'abbreviato), oltre al dato testuale, si richiama l'opinione di A. BASSI, *Riforma penale: Il limite temporale al potere di veto dell'indagato cit.* e Cass. Pen. n. 23939 / 2007.

co. 4-*bis* c.p.p., secondo il quale, dopo aver proposto riserva di incidente probatorio, la persona sottoposta alle indagini ha l'onere di depositare la richiesta entro un termine massimo di dieci giorni. In caso contrario, una volta decorso tale lasso temporale, la riserva perde efficacia e l'autorità inquirente è libera di procedere al proprio accertamento e, per di più, la parte perde la possibilità di formulare nuovamente la riserva. Si tratta, con tutta evidenza, di un termine perentorio a carattere acceleratorio³², che rende pienamente legittima la prosecuzione, da parte dell'ufficio di Procura, dell'accertamento tecnico irripetibile a partire dalla scadenza di esso. Ciò lo si ricava dal fatto che il quinto comma dell'art. 360 c.p.p. – come novellato dalla riforma in discorso – laddove prevede l'inutilizzabilità degli accertamenti svolti nonostante la riserva e senza che vi sia l'urgenza che consenta di derogarvi, esclude espressamente i casi in cui l'indagato abbia fatto decorrere inutilmente il termine di dieci giorni di cui si parla.

Può sostenersi, tuttavia, laddove la norma si riferisce al deposito della richiesta, che tale termine è rispettato con il deposito di essa presso la Cancelleria del G.I.P. cui deve essere acclusa prova della notifica alla parte contrapposta che, nel caso di istanza proveniente dall'indagato, è solo il P.M.³³. Quanto alla precisa individuazione del *dies a quo*, vale a dire quello della riserva, si è sostenuto che, pur in assenza di specifici requisiti di forma previsti dal codice, l'atto debba testimoniare della precisa volontà dell'indagato di attivare l'incidente probatorio e debba essere depositato nella segreteria del P.M., sì da consentire a quest'ultimo di conoscere la presa di posizione dell'indagato e regolarsi di conseguenza³⁴. Si tratta, francamente, di un'interpretazione condivisibile e razionale, laddove deve essere lo stesso organo che sta procedendo all'accertamento ex art. 360 c.p.p. a sapere per primo e quanto prima che vi è una richiesta che rischia di paralizzare la sua iniziativa e sulla quale è chiamato a scelte delicate e urgenti; va escluso che ciò possa valere per il soggetto detenuto, per cui, gioco forza, deve valere la regola di cui all'art. 123 c.p.p.

5. Il termine per la definizione del procedimento

Una delle novità più contestate – dalla magistratura inquirente soprattutto – della novella è quella dell'inserimento di un termine per l'esercizio dell'azione penale o dell'archiviazione a partire dalla scadenza del termine delle indagini preliminari – quello iniziale o quello prorogato – ovvero dalla scadenza dei termini

per lo svolgimento delle attività successive all'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Il nuovo art. 407 co. 3-*bis* c.p.p., infatti, in primo luogo, sancisce l'obbligo, per il pubblico ministero, di chiedere l'archiviazione oppure esercitare l'azione penale, in ogni caso, entro «tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415-*bis*».

Il termine è di quindici mesi in relazione ai gravi reati di cui al comma 2, lett. a, nn. 1 3 e 4, sempre dell'art. 407 c.p.p., vale a dire per reati di criminalità organizzata, devastazione, saccheggio e strage, guerra civile, per alcune ipotesi aggravate di contrabbando e per l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando³⁵.

Quanto alla data dalla quale calcolare i tre o i quindici mesi, la logica dell'intervento normativo, teso ad una velocizzazione dei tempi di definizione, lascia ritenere che esso decorra dalla data della prima scadenza delle indagini preliminari ovvero dalla scadenza risultante dalla proroga concessa dal G.I.P. ai sensi dell'art. 406 c.p.p.; tale notazione impone di discostarsi da una diversa e pur interessante interpretazione, secondo cui il termine di tre o quindici mesi, nel caso di non emissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, decorrerebbe dal termine di diciotto mesi o due anni di cui all'art. 407 c.p.p.³⁶.

³⁵ La limitazione della scelta a queste fattispecie non è stata condivisa da A. MARANDOLA, *Termini (perentori?) per l'esercizio dell'azione penale o per l'archiviazione?* cit., e da G. SPANGHER, *Riforma Orlando: alta velocità ... per il doppio binario*, in *Quotidiano Giuridico*, 10.10.16, «Per i reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a, nn. 1,3 e 4 c.p.p. è stato previsto un termine di quindici mesi. Ora, è sicuramente vero che i procedimenti di cui a questa disposizione sono spesso complessi, sia per il numero degli imputati, sia per il numero delle imputazioni; è sicuramente vero che il materiale probatorio, in molti casi, è voluminoso; è però altrettanto vero che la materia è stata scandagliata attraverso iniziative probatorie e provvedimenti cautelari. Invero, appare difficile convenire con il fatto che questi fatti – sicuramente tra i più gravi – possono scontare oltre a tempi lunghi di indagine anche tempi morti e sviluppi procedurali protratti nel tempo con pregiudizio per gli imputati (ancorché da rinviare a giudizio, ma presunti innocenti) e con danno per l'immagine di una giustizia al rallentatore. Certamente non è il caso di accelerazioni – che potrebbero essere dannose, ma che senso hanno, allora, i criteri di priorità se poi si giustificano tempi così lunghi per una decisione a carattere meramente processuale?»

³⁶ Dalle linee guida della Procura di Tivoli: «Nella diversa ipotesi in cui non sia stato emesso l'avviso ex art. 415-*bis* c.p.p. occorre verificare la decorrenza del termine riferito «alla scadenza del termine massimo delle indagini preliminari». A titolo di contributo alla lettura della nuova disposizione è stata prospettata in modo convincente (nel corso delle riunioni tra le colleghe e i colleghi) un'interpretazione che tiene anche conto del dato letterale e della finalità della nuova disciplina, diretta a intervenire sull'oggettiva inerzia, svincolata dalla inutilizzabilità delle indagini svolte dopo la scadenza del termine delle indagini preliminari. Il termine può essere individuato in quello massimo previsto dall'art. 407 c.p.p., fissato in 18 mesi (comma 1) o 24 mesi (comma 2), indipendentemente dalla richiesta e/o concessione delle proroghe che rileva solo ai fini dell'utilizzabilità degli atti compiuti.

³² A. BASSI, *Riforma penale: Il limite temporale al potere di veto dell'indagato*, cit.

³³ L'art. 395 c.p.p. prevede, quanto alle parti private destinatarie della notifica, solo il richiamo all'art. 393 co. 1 lett. b), che si riferisce alle persone contro cui si procede.

³⁴ A. BASSI, *Riforma penale: Il limite temporale al potere di veto dell'indagato*, cit.

Il *dies a quo*, nel caso di avviso di conclusione delle indagini preliminari, è ragionevolmente quello determinato tenuto conto delle possibili dilatazioni legate all'esercizio delle prerogative difensive di cui al comma terzo dell'art. 415-*bis* c.p.p. ed al conseguente termine, prorogabile dal G.I.P. su richiesta del P.M., per svolgere le indagini conseguenti alla sollecitazione difensiva di cui al comma quarto. E' evidente, infatti, che in questi casi il P.M. avrà tutti gli elementi a disposizione per effettuare le proprie scelte definitorie solo con il completamento degli accertamenti.

Tutti i termini di cui si è detto sono ovviamente soggetti alla sospensione feriale.

Laddove ci siano notizie di reato che rendano particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese, il P.M. può chiedere al Procuratore Generale presso la Corte di Appello una proroga fino a ulteriori tre mesi, si badi relativa all'esercizio delle scelte definitorie o non già idonea a legittimare una riapertura del termine delle indagini³⁷. Va osservato, a questo proposito, che non è prevista analoga facoltà di proroga anche per il termine "lungo" di quindici mesi di cui si è detto.

Militano in tal senso:

- la ratio della disposizione;
- la rubrica dell'art. 407 c.p.p. "Termine di durata massimo delle indagini preliminari";
- il testo dei commi 1 e 2 dell'art. 407 c.p.p. che fanno riferimento all'impossibilità di superare il termine di 18 mesi (comma 1) precisando (comma 2) "La durata massima è tuttavia di ventiquattro mesi...";
- il testo del comma 3 dell'art. 407 che, dopo l'individuazione dei termini massimi delle indagini preliminari, indica la sanzione dell'inutilizzabilità degli atti compiuti (salvo il disposto dell'art. 415-*bis* c.p.p.) decorso il "termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice";
- la collocazione del nuovo comma 3-*bis*, posto dopo l'indicazione dei termini massimi (commi 1 e 2) e gli effetti dell'inutilizzabilità derivanti dal compimento di atti oltre il "termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice", che fa espresso riferimento al "termine massimo", così adoperando termini corrispondenti ai commi 1 e 2, e non al comma 3;
- la nuova formulazione dell'art. 412, comma 1, c.p.p. che, diversamente dalla precedente avocazione del Procuratore Generale ancorata al decorso del "termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice" (analogamente all'art. 407 comma 3 sull'inutilizzabilità degli atti), fa riferimento al decorso del termine di cui all'art. 407 comma 3-*bis*;
- la diversa terminologia degli artt. 405 e 406 che, nell'individuare i termini delle indagini preliminari e delle proroghe fanno riferimento sempre al "termine" e mai al "termine massimo".

In definitiva, la lettura coordinata delle norme consente di distinguere tra termine massimo di durata delle indagini preliminari (18 o 24 mesi), rilevante per la decorrenza del procedimento ex art. 407 comma 3-*bis*, e "termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice" rilevante per l'utilizzabilità degli atti compiuti prima del decorso.»

³⁷ Sul punto cfr. A. MARANDOLA, *Termini (perentori?) per l'esercizio dell'azione penale o per l'archiviazione?* cit.

Secondo la dottrina, la richiesta può essere fondata sia su difficoltà concernenti la valutazione del materiale raccolto nel corso delle indagini, sia su «su situazioni esterne ad esso, come ad esempio il carico dell'ufficio, o specifiche esigenze riconducibili al singolo magistrato. Quel che conta è che tale richiesta manifesti una esplicita presa di posizione dell'ufficio di primo grado in relazione allo specifico fascicolo e non si atteggi quale adempimento meramente formalistico.»³⁸

In caso di accoglimento della richiesta, se il P.M. poi non assume le proprie determinazioni nel termine concesso³⁹, deve comunicarlo immediatamente al Procuratore Generale, così sostanzialmente autodenunciandosi affinché si eserciti il potere di avocazione ex art. 412 c.p.p. con la conseguenza ulteriore, secondo alcuni commentatori, del rischio di subire anche un procedimento disciplinare⁴⁰.

Secondo un primo commento, in ragione del richiamo di cui all'art. 415 co. 3 c.p.p., tale norma si applica anche ai procedimenti contro ignoti⁴¹.

Analoga autodenuncia esisteva anche prima ed è ancora prevista dall'art. 127 disp. att. c.p.p. in forza del quale ogni settimana la Segreteria del P.M. deve trasmettere alla Procura generale «un elenco delle notizie di reato contro persone note per le quali non è stata esercitata l'azione penale o richiesta l'archiviazione nel termine previsto dalla legge o prorogato dal giudice».

La dottrina⁴² si è interrogata, ad onta della scelta legislativa di non abrogarla, sull'attuale operatività di questa norma, che appare incompatibile con il sistema disegnato dalla novella.

La soluzione individuata è stata è quella di ritenere

³⁸ M.L. DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del "dialogo" tra le procure*, in *ilPenalista.it*, focus del 31.7.2017

³⁹ Secondo DI BITONTO *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del "dialogo" tra le procure cit.*: «Sembra potersi affermare che l'invio della immediata comunicazione circa la mancata assunzione delle proprie determinazioni possa avere luogo sia dopo il decreto di proroga del procuratore generale, sia in luogo della richiesta di proroga. Suggestiva tale soluzione l'impiego della locuzione «nel termine stabilito dal presente comma», che è sia quello di 3 o 15 mesi del primo periodo, sia quello eventualmente prorogato alla stregua di quanto stabilito nel secondo periodo».

⁴⁰ A. MARANDOLA, *Termini (perentori?) per l'esercizio dell'azione penale o per l'archiviazione?*, cit.; M.L. DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del "dialogo" tra le procure*, cit.

⁴¹ A. LEOPIZZI, *Archiviazione della notizia di reato. Le modifiche introdotte dalla Riforma della giustizia penale*, cit.: «Secondo l'art. 415, comma 1, c.p.p., nei procedimenti contro ignoti, il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione, entro il nuovo termine previsto dal precedente art. 407, comma 3-*bis*, c.p.p. (tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415-*bis*, ex art. 1, comma 30, lett. a), l. 103/2017), in virtù del richiamo alla normativa ordinaria previsto dall'art. 415, comma 3, c.p.p.»

⁴² M.L. DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del "dialogo" tra le procure*, cit.

la disposizione tacitamente abrogata per incompatibilità in forza dell'art. 15 delle preleggi⁴³, in quanto la norma di attuazione non tiene conto del fatto che la trasmissione degli elenchi a cura della segreteria del pubblico ministero è stata sostituita dalla comunicazione di quest'ultimo relativa al singolo procedimento; non solo: la prima sarebbe sostanzialmente inutile perché imposta quando il P.M. è ancora in termini per presentare la richiesta di archiviazione, esercitare l'azione o richiedere la proroga al procuratore generale presso la Corte d'appello.

Fatta questa panoramica, giova osservare che, secondo una scelta definita di compromesso⁴⁴, il legislatore ha legittimato una pausa di riflessione – finora inedita – dopo la fine delle indagini, in cui il P.M. può scegliere il da farsi, per superare la quale però occorre che la parte pubblica si rivolga ad un organo superiore, deputato anche al controllo dell'attività dei P.M. di primo grado ed all'iniziativa disciplinare, per ottenere una dilazione. Prima, infatti, il sistema teoricamente non prevedeva momenti di decantazione e, con un assetto francamente scarsamente razionale, in teoria le scelte di definizione dovevano essere effettuate immediatamente una volta concluse le indagini (cfr. art. 405 co. 3 e art. 408 co. 1 c.p.p.), fossero state esse svolte prima o dopo l'emissione dell'avviso di conclusione, generando così un sistema talmente rigido e disancorato dalle reali possibilità operative degli uffici giudiziari che rendeva scarsamente esigibile il suo rispetto e in sostanza ampiamente tollerata, al contrario, una dilatazione dei tempi.

L'ispirazione della novella sul punto è certo meritoria, giacché essa tende ad un'accelerazione dei tempi di definizione tesa a dare certezza alle parti coinvolte e a pervenire ad un provvedimento di archiviazione ovvero ad una fase in cui, nel contraddittorio delle parti, l'indagato poi imputato possa difendersi e la persona offesa – ove presente – perseguire la propria domanda di giustizia.

L'impatto pratico della riforma rischia però di essere dirompente sull'organizzazione delle Procure presso i Tribunali e – come si vedrà nel paragrafo successivo – anche di quelle Generali.

Da una parte perché pone il singolo P.M. nella condizione di dover valutare contemporaneamente, per la definizione, i numerosi fascicoli giunti a maturazione ovvero di redigere la relativa richiesta di proroga, senza tenere conto delle urgenze che si pongono quotidianamente nell'attività requirente e dell'attività di udienza e senza considerare che tali adempimenti sono

concretamente possibili quando i ruoli siano attestati su poche centinaia di fascicoli ma diventano utopici allorché, come è nella realtà di molti uffici giudiziari, le assegnazioni *pro capite* ammontano a migliaia di procedimenti contro noti. Altro problema è costituito dai procedimenti per reati complessi, per numero di parti o imputazioni, che fisiologicamente richiedono ampi momenti di valutazione magari di poderose informative e di riflessione sulle iniziative da prendere, posizione per posizione e reato per reato. Il tutto – com'è intuitivo – aggravato in maniera esponenziale dalle diffuse situazioni di scopertura di organico di molti uffici di Procura⁴⁵.

D'altro canto la novella impone la gestione di numerosi ulteriori incombenzi anche della segreteria, legati alla necessità di inoltrare la richiesta di proroga alla Procura Generale e di ricevere e inserire l'esito della mozione nei fascicoli; il tutto, ove moltiplicato per un numero cospicuo di fascicoli, può determinare una paralisi delle altre attività di competenza del personale ausiliario del magistrato, appartenente ad un comparto che, se possibile, è ancora più in ginocchio di quello di magistratura.

D'altra parte l'*impasse* che obiettivamente si crea dopo la scadenza del termine delle indagini preliminari è, nella gran parte dei casi, non già legata ad un'inerzia colpevole dei magistrati, ma alla moltitudine di procedimenti pendenti nella stessa fase – da reati gravissimi a quelli bagattellari – che devono essere seguiti e valutati da ciascun magistrato, che spesso si trova nell'impossibilità pratica di far procedere la “macchina” delle definizioni con il medesimo passo.

A voler tacer del fatto che in molti uffici vi è un blocco nell'indicazione delle date di udienza monocratica per i reati a citazione diretta da parte del Presidente del Tribunale (a sua volta nell'impossibilità di fornirle a causa delle difficoltà dei giudici monocratici), il che rischia di ricadere sulla parte pubblica, che non potrà emettere il decreto di citazione a giudizio in tempo utile a rispettare il termine⁴⁶.

⁴⁵ Non ignora questi problemi A. LEOPIZZI, *Il nuovo termine previsto dalla Riforma Orlando del processo penale per le determinazioni del pubblico ministero successive alla conclusione delle indagini*, in *la Giustizia Penale* 2017, pp. 178 e segg.

⁴⁶ Il giudizio sulla riforma di autorevole dottrina è diverso, cfr. G. SPANGHER, *Riforma Orlando: la tempistica relativa ai termini per l'esercizio dell'azione penale*, in *Quotidiano Giuridico* 24.3.2017: «La norma è osteggiata dai magistrati. Si afferma, per un verso, che le Procure generali non sarebbero in grado di dar corso all'attività successiva all'avocazione, come se le Procure generali dovessero avocare tutte le indagini concluse; si afferma che ci sarebbe il rischio di ingiustificati rinvii a giudizio; si sostiene che le imputazioni sarebbero mal formulate. Si tratta di chiari pretesti che muovono dal desiderio di escludere controlli sull'attività del PM. Invero oggi il pubblico non solo decide quando iscrivere la notizia di reato, quale qualificazione dare al fatto (con ricadute sulle misure cautelari, sulle intercettazioni telefoniche, sulla segretezza delle notizie e sulla durata delle indagini) ma vuole anche gestire i

⁴³ «Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.»

⁴⁴ Così essa è stata definita in M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma orlando: le modifiche attinenti al processo penale*, cit.

6. Avocazione del P.G.: quanto c'è di nuovo?

Se, quindi, il P.M. non si determina nei tre mesi originari ovvero nel termine prorogato dal Procuratore Generale, questi dispone l'avocazione.

In effetti l'avocazione da parte del Procuratore Generale presso la Corte di Appello per i procedimenti in cui non era stata esercitata l'azione penale o richiesta l'archiviazione nel termine per il compimento delle indagini preliminari era già prevista dall'art. 412 co. 1 c.p.p.

La Procura Generale, infatti, grazie alla trasmissione degli elenchi di cui all'art. 127 disp. att. c.p.p., in astratto era sempre in condizione di conoscere quali fossero i procedimenti in cui vi erano dei rallentamenti.

Nella pratica tale possibilità veniva esercitata raramente, a dispetto di quella prevista dal comma secondo dell'art. 412 c.p.p. dopo la trasmissione della comunicazione di cui all'art. 409 co. 3 c.p.p. ovvero dall'art. 413 c.p.p., vale a dire quella conseguente ad una segnalazione/esposto in tale senso – normalmente da parte delle persone offese⁴⁷.

A questo proposito, la Corte di Cassazione aveva avuto modo di chiarire che alcuna sanzione processuale – in particolare in punto di decadenza del P.M. dal potere di esercitare l'azione penale – derivava dall'omesso esercizio del potere di avocazione da parte della Procura Generale (Cass., Sez. VI, 20 marzo 2009 n. 19833, Cavallo⁴⁸).

Oggi la norma sembra avere addirittura mitigato la sua asprezza, in quanto ha previsto che, per l'esercizio del potere di avocazione, la Procura Generale debba attendere il decorso del termine di cui al comma 3-bis dell'art. 407 c.p.p. e che esso non sia correlato alla semplice scadenza del termine delle indagini preliminari; ciò sia nel caso di esercizio, di iniziativa, del potere di controllo, sia nel caso di esercizio stimolato dall'indagato o dalla persona offesa, secondo il rinvio

tempi del passaggio del processo alla fase successiva. Invero con il deposito, in larghissima misura, il PM ha già deciso di non chiedere l'archiviazione, ha già ordinato il materiale di indagine, quasi sempre delega alla P.G. l'interrogatorio richiesto dall'imputato e, soprattutto, ha già formulato la pre-imputazione; raramente la difesa deposita materiale di indagini private o richiede atti di indagini, se non nella residuale ipotesi in cui possano condurre all'archiviazione. Non si capisce come non possa bastare per un adempimento formale un tempo che, con la proroga che verrà certamente sempre concessa, arriva a sei mesi».

⁴⁷ Il mancato utilizzo di tale strumento è rimarcato da M.L. DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del "dialogo" tra le procure*, cit.

⁴⁸ «Ne consegue che il decorso del termine per il compimento delle indagini preliminari, senza che il procuratore generale abbia esercitato il suo potere di avocazione ex art. 412, comma 1, cod. proc. pen., non determina la decadenza del pubblico ministero dal potere di esercitare l'azione penale (cfr. Cass. Sez. 2, n. 17240/2006, Rv. 234755, Luca; sez. 3 n. 2691/2005, ced 203474, I merito)».

dinamico di cui all'art. 413 co. 1 c.p.p.⁴⁹.

Inoltre, secondo la dottrina, l'istituto avrebbe cambiato pelle essendosi trasformato da sanzione di una patologia in un sistema di coinvolgimento nelle difficoltà del P.M. di primo grado di quello di appello legato ad una presa d'atto del legislatore che il sistema rigido del codice di rito – legato al teorico automatismo scadenza termini/avocazione – era nella pratica fallito⁵⁰.

Contrariamente, poi, a quanto sostenuto in sede di primo commento da taluni autori⁵¹ e come risulta dal dato letterale e come avallato da altri contributi⁵², nel sostituire il comma primo, il legislatore non ha omesso di riproporre il secondo periodo del comma 1, in cui vengono regolate le tappe successive all'avocazione e vi si prevede che il Procuratore Generale svolga «le indagini preliminari indispensabili» e formuli poi «le sue richieste entro trenta giorni».

Il che significa che il Procuratore generale in teoria non avrebbe di fronte solo le stesse scelte del P.M. del primo grado, vale a dire quella di esercitare l'azione penale o di richiedere l'archiviazione, perché avrebbe altresì poteri investigativi, il che francamente non ha un senso in quanto una riapertura in questi termini vanificherebbe gli scopi acceleratori della riforma⁵³.

In ogni caso, anche accedendo ad un'interpretazione contraria alla riapertura dei termini delle indagini, la soluzione pensata potrebbe essere peggiore del male. La trasmissione alla Procura Generale, infatti, potrebbe comunque creare nuove *impasse* perché tale ufficio, con organici non adeguati e non pensati per un'assunzione massiccia – come potrebbe accadere – di incompetenti anche solo valutativi, potrebbe essere a sua volta nell'impossibilità di assicurare definizioni celeri, sì da determinare uno stallo dopo l'avocazione⁵⁴.

⁴⁹ Come giustamente osservato nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit.

⁵⁰ M.L. DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del "dialogo" tra le procure*, cit.

⁵¹ M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma orlando: le modifiche attinenti al processo penale*, cit.: «La sostituzione integrale della disposizione in commento ha poi comportato la scomparsa del secondo periodo del comma 1, in cui venivano regolate le tappe successive all'avocazione; vi si prevedeva che il Procuratore generale svolgesse «le indagini preliminari indispensabili» e formulasse poi «le sue richieste entro trenta giorni». Sembra dunque che, a seguito dell'avocazione, non possano più essere compiute ulteriori investigazioni e che la decisione debba essere immediatamente presa; tuttavia, la mancanza di un qualsiasi termine in capo al Procuratore generale rischia di incentivare nuove prassi distorsive, come, ad esempio, il pericolo che il fascicolo venga trattenuto sine die.».

⁵² A. MARANDOLA, *Termini (perentori?) per l'esercizio dell'azione penale o per l'archiviazione? cit.*; M.L. DI BITONTO, *Eccessiva durata delle indagini e avocazione: il Legislatore tenta la via del "dialogo" tra le procure*, cit.

⁵³ A. MARANDOLA *Termini (perentori?) per l'esercizio dell'azione penale o per l'archiviazione? cit.*

⁵⁴ Sono dello stesso avviso A. LEOPIZZI, *Il nuovo termine previsto dalla Riforma Orlando del processo penale cit.*, A. MARANDOLA,

Oppure – come da molti paventato durante l'iter di approvazione della legge – il tutto potrebbe ridursi ad un passaggio solo formale, lasciando – a mezzo di un utilizzo ampio del sistema delle applicazioni dalla Procura presso il Tribunale a quella presso la Corte di Appello – il fascicolo in carico allo stesso P.M. la cui inerzia doveva essere contenuta e controllata.

Con un costo sulla funzionalità del sistema, costretto a misurarsi con gli incombenti pratici di cui si è detto – con trasmissione di atti verso e dalla Procura Generale – senza tuttavia un'effettiva ricaduta in termini di accelerazione e con una scarsa incidenza sulle situazioni, certamente esistenti, di reale, colpevole inerzia dell'organo di accusa.

Come è stato acutamente osservato, poi, se anche il sistema riuscisse, questo avrebbe spostato il problema in avanti, giacché i Tribunali si troverebbero inondati di procedimenti, che non sarebbero in grado di gestire⁵⁵.

Di fronte a questi timori, vi è tuttavia un'altra possibilità concreta, che forse ridimensiona i timori della magistratura inquirente di uno "scarico" sul singolo P.M. delle inefficienze del sistema: che nulla cambi.

Se, infatti, il potere di avocazione sui fascicoli con indagini scadute non è una novità, è altrettanto difficile immaginare che lo spauracchio dell'avocazione possa avere effetti miracolosi né che lo strumento possa riuscire ad avere, per i limiti suesposti, un'applicazione più ampia di quella – limitata – conosciuta finora⁵⁶.

D'altra parte la nuova norma ripropone l'utilizzo dell'indicativo presente "dispone" già adoperato nell'art. 412 co 1 c.p.p. che, come sopra accennato, aveva dato luogo ad un'interpretazione, anche avallata dal C.S.M., secondo cui il potere di avocazione, nel caso delle indagini scadute, era suscettibile di una selezione tra gli affari legata all'oggettiva impossibilità, per le Procure Generali, di fronteggiare l'esercizio di tale attività a fronte degli organici previsti⁵⁷.

In conclusione, di fronte alla crisi del sistema ed ai tentativi del legislatore di adottare meccanismi per velocizzare i procedimenti che scontano la "coperta troppo corta" legata ad organici e risorse, c'è chi ha sostenuto che occorrerebbe superare il sistema «dell'ob-

Termini (perentori?) per l'esercizio dell'azione penale o per l'archiviazione? cit.

⁵⁵ A. LEOPIZZI, *Il nuovo termine previsto dalla Riforma Orlando del processo penale*, cit: «Oltretutto, se per caso miracolosamente questa ricetta avesse immediatamente successo, l'unico immediato effetto tangibile sarebbe l'inondazione dei tribunali, sia nelle sezioni dibattimentali che in quelle G.I.P./Gup, di un profluvio di fascicoli da trattare, laddove invece i ruoli dei magistrati giudicanti evidenziano tendenzialmente analoga sofferenza di quelli dei colleghi inquirenti. Anzi, una delle cause del mancato esercizio dell'azione penale per i procedimenti a citazione diretta è proprio l'impossibilità per i tribunali di indicare sollecitamente date di udienza.»

⁵⁶ A. LEOPIZZI, *Il nuovo termine previsto dalla Riforma Orlando del processo penale*, cit.

⁵⁷ Cfr. linee guida della Procura delle Repubblica di Tivoli, cit.

bligatorietà dell'azione penale di cui si dovrebbe discutere senza pregiudizi abbandonando ogni sacralità che l'accompagna. Per giungere finalmente, nell'ottica di una visione pragmatica della stessa, alla configurazione di un sistema che senza privare il pubblico ministero della sua indipendenza introduca dei correttivi alla mancanza di controlli sull'azione penale costituiti, come detto, dall'individuazione di criteri di priorità stabiliti periodicamente da un organo politico⁵⁸.

Va infine segnalato che, a norma del comma 36, le modiche agli artt. 407 e 412 c.p.p. si applicano solo alle notizie di reato iscritte successivamente all'entrata in vigore della legge, il che significa che gli effetti della riforma – con la possibilità di formulare un bilancio costi/benefici – si vedranno solo a distanza di qualche tempo.

7. La ristrutturazione del procedimento di archiviazione

Svariate le novità in tema di archiviazione, soprattutto sotto il profilo delle conseguenze del difetto di partecipazione delle parti che, a vario titolo, devono essere messe in condizione di contraddire alla richiesta di archiviazione del P.M.

Va fin d'ora anticipato che manca una norma di diritto transitorio (al contrario di quanto appena segnalato a proposito dell'art. 1 co. 36 sul termine per la definizione e sull'avocazione). Ci si interrogherà, in relazione a ciascuno degli aspetti dell'intervento normativo, sull'ambito applicativo.

7.1 L'accelerazione della procedura camerale

Il legislatore ha, in primo luogo, modificato l'art. 409 c.p.p., puntellandolo di termini tesi a velocizzare il subprocedimento innescato dalla richiesta di archiviazione del P.M., così determinando una riforma della disciplina generale dell'archiviazione.

Si ricorderà, infatti, che il richiamo contenuto nell'art. 410 co. 3 ai commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 409 c.p.p. impone l'applicazione della procedura dell'art. 409 c.p.p. sia in caso di non accoglimento "di ufficio" da parte del G.I.P. sia nell'ipotesi di non accoglimento stimolato dall'opposizione della persona offesa, sicché le novità sono applicabili ad entrambi i percorsi.

Ugualmente il rinvio "dinamico" a quanto disposto dall'art. 409 c.p.p. operato dall'art. 411 c.p.p. lascia ritenere indiscutibile che tale disciplina si estenda a tutti gli altri casi di archiviazione diversi da quella per infondatezza della notizia di reato (mancanza di una condizione di procedibilità, estinzione del reato, fatto non previsto dalla legge come reato). Lo stesso dicasi per l'archiviazione nei procedimenti contro ignoti, stante il richiamo alle altre disposizioni del titolo VIII del libro V contenuto nell'art. 415 co. 3 codice di rito.

Come sopra anticipato, si ricorderà, altresì, che,

⁵⁸ S. LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, in *Processo penale a Giustizia n. 1/2017*.

una volta che il P.M. richiama l'archiviazione, nel caso non vi sia opposizione ed il giudice non ritenga di accogliere *de plano* la mozione della pubblica accusa, la procedura impone comunque la fissazione di apposita udienza camerale; nel caso di presentazione di opposizione da parte della persona offesa, a prescindere da quale sia la valutazione del giudice sull'accogliibilità nel merito della richiesta di archiviazione, il G.I.P., a meno che l'opposizione non sia inammissibile, ha il dovere di fissare sempre e comunque l'udienza camerale.

All'esito dell'udienza comunque fissata, il G.I.P. può determinarsi accogliendo la richiesta del P.M. ovvero rigettandola, in quest'ultimo caso o disponendo che l'organo di accusa, in un termine perentorio indicato nel provvedimento stesso, svolga nuove indagini, ovvero che, entro dieci giorni dal provvedimento di rigetto, eserciti l'azione penale.

Se questo, nei suoi tratti essenziali, era il procedimento finora previsto, la disciplina di nuovo conio si inserisce in diversi punti.

Sono stati innanzitutto previsti due termini inediti, entrambi ritenuti ordinatori⁵⁹, laddove è in primo luogo previsto che il G.I.P., una volta ricevuta la richiesta e quando ritenga di non accoglierla, entro tre mesi fissi la data dell'udienza in camera di consiglio, facendo dare gli avvisi di rito.

Quanto a questo primo aspetto, vanno svolte due considerazioni.

Una prima concerne il fatto che il dato testuale sembra riferirsi all'ipotesi in cui sia il G.I.P. a ritenere non accoglibile la richiesta di archiviazione, non essendovi menzione, al contrario, delle ipotesi di fissazione "forzata" dell'udienza in caso di opposizione; il problema, a giudizio di chi scrive e come sopra anticipato, è di facile risoluzione perché il richiamo dell'art. 410 co. 3 codice di rito anche al co. 2 impone di ritenere che il neointrodotta termine si riferisca anche all'udienza post opposizione.

Un secondo nodo – più problematico – è quello concernente l'individuazione dell'attività che, secondo la previsione della L. 103, debba essere svolta nei tre mesi; ci si deve domandare, infatti, se la data dell'udienza debba essere individuata nel periodo temporale predetto decorrente dal deposito della richiesta di archiviazione, ovvero se sia il decreto di fissazione del giudice che debba intervenire in quel lasso di tempo.

Il dato testuale – «Se non accoglie la richiesta, il

⁵⁹ M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma orlando: le modifiche attinenti al processo penale*, cit.; LEOPIZZI *Archiviazione della notizia di reato cit.*; S. LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate* cit., «Le sanzioni per il mancato rispetto di detti termini non operano sul piano processuale – che ci offre una sola norma cui ricondurre tali comportamenti omisivi, quell'art. 124 c.p.p. che impone ai soggetti pubblici operanti in ambito giudiziario l'osservanza delle norme del codice di rito «anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale» (comma 1) – ma incidono sulla sfera disciplinare ed eventualmente su quella della responsabilità civile e penale».

giudice entro tre mesi fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato» – sembra fare riferimento alla data in cui avviene la fissazione.

È evidente tuttavia che, riguardando lo scopo della riforma, una reale efficacia acceleratoria si otterrebbe solo seguendo la seconda opzione esegetica e la disposizione, se diversamente interpretata, potrebbe sembrare priva di potenzialità idonee a scongiurare dilatazioni nei tempi della definizione; a questo proposito va tuttavia osservato che la mole delle richieste di archiviazione che pervengono agli uffici G.I.P. è notevolissima e non sempre consente una valutazione celere della richiesta, "patologia" del sistema che darebbe un senso anche alla previsione di un termine di tre mesi per provvedere solo alla fissazione dell'udienza.

L'altro termine previsto dalla L. 103 concerne la fase conclusiva dell'udienza.

A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse, altrimenti provvede entro tre mesi sulle richieste.

Più che aver serrato le maglie dei tempi di definizione, la disposizione rischia di averle allentate.

La disciplina di nuovo conio, infatti, non è chiarissima, ma quello che può dirsi allo stato è che è stata prevista una tempistica differenziata a seconda della strada prescelta dal G.I.P.; questi, infatti, quando dovrà pronunciarsi per le indagini coartate, non avrà un termine, mentre esso è previsto per emettere l'ordinanza di archiviazione o di imputazione coatta.

Ciò, tuttavia – ad avviso di chi scrive – non significa che il G.I.P. non abbia un termine, ancorché ordinatorio, per emettere l'ordinanza di indagini coartate, ma equivale a sostenere che si applica il termine generale di cinque giorni previsto dall'art. 128 c.p.p., termine ben più stringente di quello di tre mesi. Tale interpretazione ha anche un senso siccome tendente a dare una spiegazione razionale e sistematica ad una riforma legislativa che mira ad accelerare i tempi della definizione dei procedimenti e che giustifica la previsione di un termine più ristretto laddove il procedimento sia destinato ad ulteriori sviluppi.

Ratio che però è tradita dalla sottrazione al termine generale di cui sopra dell'imputazione coatta, che quindi, insieme all'esito archiviativo, rientra nel termine più ampio di nuova introduzione.

L'ambito processuale in cui ci si trova ha fatto propendere per l'idea che, in applicazione del generale principio *tempus regit actum*, la norma si applichi alle richieste di archiviazione presentate successivamente all'entrata in vigore della L. 103⁶⁰. Di contro, riguar-

⁶⁰ A. LEOPIZZI *Archiviazione della notizia di reato. Le modifiche introdotte dalla Riforma della giustizia penale*, cit.

dando il ragionamento svolto da Cass. Pen. Sez. 4, n. 36412 del 06/07/2001 – dep. 09/10/2001, Capasso, Rv. 22020501⁶¹, l'inidoneità della richiesta di archiviazione – siccome mero atto di impulso del procedimento – a determinare stabili effetti giuridici, imporrebbe di ritenere applicabile la nuova disciplina in tutte quelle procedure, ancorché attivate da richieste di archiviazione depositate prima del 3 agosto 2017, in cui il subprocedimento *ex art.* 409 c.p.p. non si sia ancora concluso, limitatamente tuttavia – gioco forza – alle fasi non ancora esaurite del medesimo⁶².

7.2 La nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione

Il riformatore ha introdotto una nuova, apposita disciplina per la nullità del decreto e ha ricollocato quella relativa alla nullità dell'ordinanza di archiviazione.

Secondo l'inedito art. 410-*bis* c.p.p., infatti:

1. il decreto di archiviazione è nullo se è emesso in mancanza dell'avviso di cui ai commi 2 e 3-*bis* dell'art. 408 cioè dell'avviso dovuto alla persona offesa che ne abbia fatto richiesta ovvero di quello contemplato, in automatico, per i reati con violenza alla persona e, oggi, per il reato di cui all'art. 624-*bis* c.p.p.;
2. il decreto è altresì nullo se manca l'avviso di cui all'art. 411 co. 1-*bis* c.p.p., vale a dire quello dovuto ad indagato e persona offesa nel caso di richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto;
3. il decreto è nullo se emesso prima della scadenza del termine di cui ai commi 3 e 3 *bis* del medesimo art. 408 senza che sia stato presentato l'atto di opposizione;
4. il decreto di archiviazione è altresì nullo se, essendo stata presentata opposizione, il giudice omette di pronunciarsi sulla sua ammissibilità o erra nel dichiarare l'opposizione inammissibile esulando dai profili di censura di cui all'art. 410 co. 1 c.p.p., *id est* al di fuori della mancanza dell'oggetto dell'investigazione suppletiva e dei relativi elementi di prova di cui all'art. 410 co. 1 c.p.p.

⁶¹ «In tema di opposizione alla richiesta di archiviazione, disciplinata in modo unitario dal combinato disposto degli articoli 410, comma 3, e 409, commi 2-5 del codice di rito, la disciplina applicabile – qualora la richiesta di archiviazione sia proposta nel vigore della normativa previgente alla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (art. 156 disp. att. cod. proc. pen., abrogato ad opera dell'art. 54 della legge 16 dicembre 1999, n. 479) ed il decreto di archiviazione sia emesso nella vigenza della novella legislativa – in assenza di una disciplina transitoria, è la nuova normativa in quanto la richiesta di archiviazione del pubblico ministero costituisce atto di impulso del procedimento, inidoneo a produrre stabili effetti giuridici sicché non v'è ragione per escludere che gli atti del giudice, che si caratterizzano per la loro assoluta autonomia, debbano, in questa fase, essere disciplinati dalle norme vigenti nel momento in cui vengono adottati.»

⁶² Si pensi ad una procedura *ex art.* 409 c.p.p. in cui l'udienza sia già stata fissata.

Quanto alla nullità dell'ordinanza di archiviazione, il legislatore ha parzialmente "spostato" nel co. 2 dell'art. 410-*bis* la disciplina prima prevista al co. 6 dell'art. 409 c.p.p., che prevedeva la nullità dell'ordinanza solo nel caso di cui all'art. 127 co. 5 c.p.p., vale a dire quando l'udienza non sia stata preceduta da rituale avviso, se l'indagato detenuto fuori circondario non sia stato sentito, prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza pur avendone fatto richiesta, ovvero non abbia partecipato all'udienza per legittimo impedimento, al di fuori dei casi in cui si tratti di detenuto fuori circondario.

Mentre, dunque, per l'ordinanza – quindi per il provvedimento emesso all'esito di una procedura partecipata – nulla è cambiato sotto il profilo della previsione delle cause di nullità, vi è, per la prima volta, una disciplina normativa specifica per la nullità del decreto di archiviazione, legata sempre a momenti di mortificazione dei diritti della persona offesa (per la particolare tenuità, anche dell'indagato) a contraddire la richiesta del P.M.

Il legislatore ha dato, infatti, veste normativa ad una sanzione processuale già individuata dalla giurisprudenza, secondo cui l'omissione dell'avviso alla persona offesa, quando doveroso, comportava una nullità del successivo provvedimento definitivo, in conseguenza dell'inosservanza di un onere di integrazione del contraddittorio del pubblico ministero, non sanabile da parte del giudice. In particolare, era già intervenuta sul punto, la Corte costituzionale (Corte cost. 16 luglio 1991, n. 353⁶³), che aveva fornito una precisa indicazione ermeneutica, creando un parallelismo con la disposizione contenuta nell'art. 409 co. 6, c.p.p. (che, attraverso il già menzionato richiamo alle previsioni contenute nell'art. 127, co. 5, c.p.p., riconosce espressamente la legittimazione anche della persona offesa a ricorrere per Cassazione contro l'ordinanza di archiviazione, pronunciata nonostante il mancato avviso della data dell'udienza). Ad oggi, nel

⁶³ Ecco la massima sul punto specifico: «La regola, per cui tra più interpretazioni possibili va preferita quella conforme a Costituzione, e la ratio dell'art. 409 cod. proc. pen. inducono ad affermare che se tra i casi di nullità, *ex art.* 127, quinto comma, cod. proc. pen., per cui l'ordinanza di archiviazione emessa nell'udienza in camera di consiglio, è ricorribile in cassazione anche da parte dell'offeso dal reato, rientra – come espressamente previsto dall'art. 409, sesto comma – l'omesso o non tempestivo avviso allo stesso della data dell'udienza, a maggior ragione il ricorso per cassazione deve ritenersi proponibile contro il decreto di archiviazione – pur in mancanza di una analoga espressa disposizione – da parte dell'offeso dal reato al quale, nonostante la sua espressa domanda, non sia stato dato avviso della richiesta di archiviazione formulata dal P.M.. Così interpretate, le norme oggetto di censura si sottraggono a tutti i vizi di legittimità costituzionale denunciati dai giudici 'a quibus'. (Non fondatezza, nei sensi di cui in motivazione, delle questioni di legittimità costituzionale sollevate rispettivamente in riferimento all'art. 24 Cost. e agli artt. 24, secondo comma, e 112 Cost., degli artt. 178, lett. c), c.p.p. e 409 stesso codice).».

solco tracciato dalla Consulta e in nome dell'affermazione del diritto della persona offesa alla partecipazione alla decisione di chiusura del procedimento, la ricorribilità per Cassazione del decreto pronunciato nonostante la mancanza di avviso è opzione pacifica nella giurisprudenza di legittimità (cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016 n. 7946, PO in proc. c/ ignoti; sulla nullità del decreto Sez. 3, Sentenza n. 38745 del 19/05/2016).

Ugualmente pacifica è (Cass. Pen., sez. U, Sentenza n. 2 del 14/2/1996⁶⁴ e, da ultimo, Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 28663 del 4/2/2016) la ricorribilità per Cassazione del decreto di archiviazione pronunciato previa un'erronea dichiarazione di inammissibilità dell'atto di opposizione e del decreto di archiviazione emesso prima della scadenza del termine per proporre opposizione (su quest'ultimo punto, tra le più recenti, cfr. Sez. 6, Sentenza n. 510 del 2/12/2016).

Veniamo, ora, al dettato normativo di nuova introduzione.

Una prima osservazione la merita la previsione della nullità – sempre e comunque – del decreto emesso prima della scadenza del termine per presentare opposizione, senza che sia chiarito se, in caso di mancata presentazione dell'opposizione nel periodo successivo e antecedente rispetto alla scadenza del termine per presentarla, tale nullità si determini comunque e consenta alla persona offesa, una volta venuta a conoscenza dell'emissione del decreto di archiviazione, di impugnarlo in ogni caso, nonostante non abbia manifestato un interesse effettivo ad opporsi.

Una seconda riflessione attiene all'impatto dell'art. 410-bis c.p.p. sui criteri per la valutazione dell'inammissibilità dell'opposizione.

A fronte di una previsione testuale dell'art. 410 co. 1 c.p.p., secondo cui la parte deve indicare, a pena di inammissibilità, l'oggetto dell'investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova, la Corte di Cassazione era giunta, infatti, ad ampliare la potestà di valutazione del G.I.P. sull'ammissibilità oltre gli angusti limiti della constatazione "secca" circa l'indicazione o meno dell'oggetto dell'investigazione e degli elementi di prova.

Secondo l'esegesi prevalente, infatti, il giudice, nel valutare l'ammissibilità dell'opposizione, può andare oltre, censurando la pertinenza, la specificità degli atti di indagine richiesti – senza tuttavia valutarne la ca-

pacità probatoria (Cass. Pen., Sez. VI, n. 35787 del 10/07/2012), ma con la possibilità di esaltare negativamente anche palesi superfluità perché, per esempio, la parte richiede di replicare attività investigative già svolte – o l'inidoneità a determinare modificazioni sostanziali del quadro probatorio (Cass. Pen., sez. 5, sentenza n. 13400 del 12/1/2016; Cass. Pen., sez. 4, sentenza n. 17181 del 10/4/2015).

Ci si deve domandare, pertanto, se l'indicazione normativa specifica della declaratoria di inammissibilità al di fuori dei casi di cui all'art. 410 co., 1 c.p.p. quale causa di nullità valga, oggi, a determinare un passo indietro rispetto all'elaborazione giurisprudenziale; l'opinione di chi scrive è che non ve ne sia motivo giacché la norma di riferimento che attiene all'opposizione è e resta l'art. 410 co. 1 c.p.p. e l'espressa previsione normativa di una sanzione già individuata in via giurisprudenziale non modifica i parametri interpretativi cui ricorrere per interpretare i margini della violazione.

Una terza riflessione concerne il fatto che, nella norma, non è inserito il decorso del termine previsto dall'art. 411 co. 1-bis, c.p.p., il che, come ipotizzato dai primi commentatori⁶⁵ – potrebbe far ritenere che, nel caso di archiviazione per particolare tenuità del fatto, il decreto di archiviazione emesso troppo precocemente non sia colpito da alcuna sanzione; una questione affine concerne il significato da attribuire all'omesso richiamo, nel momento in cui la norma sancisce la nullità del decreto pronunciato a prescindere da un'opposizione inammissibile, all'inammissibilità sancita dal comma 1-bis dell'art. 411 c.p.p.

Ci si deve domandare, in conclusione, se si tratti di una mera svista legislativa ovvero se l'omissione sia frutto di una precisa scelta del riformatore che avrebbe contenuto gli effetti sanzionatori dei vizi concernenti il decreto di archiviazione per particolare tenuità.

In mancanza di normativa transitoria ed ispirandosi a quanto già osservato *supra* al par. 7.1, può sostenersi che la norma si applichi ai provvedimenti di archiviazione emessi dopo il 3 agosto 2017, ipotesi peraltro avallata dalla circostanza che la disciplina riguarda proprio i vizi del provvedimento definitivo.

8. I rimedi tesi a far valere la nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione

L'abrogazione del co. 6 dell'art. 409 codice di rito non è solo frutto della volontà di dare alle nullità concernenti il decreto o l'ordinanza di archiviazione una disciplina organica – facendola confluire nell'art. 410-bis c.p.p. – ma della precisa scelta legislativa di sottrarre alla competenza della Corte di Cassazione le impugnative avverso i provvedimenti di archiviazione.

Tale scelta va senz'altro letta in uno alle tangibili

⁶⁴ «È impugnabile mediante ricorso per cassazione il decreto di archiviazione carente di motivazione in ordine all'inammissibilità dell'opposizione proposta dalla persona offesa dal reato ai sensi dell'art. 410 cod. proc. pen.; l'arbitraria ovvero illegittima declaratoria di inammissibilità sacrifica infatti il diritto al contraddittorio della parte offesa in termini equivalenti o maggiormente lesivi rispetto all'ipotesi di mancato avviso per l'udienza camerale, sicché il predetto vizio del provvedimento è riconducibile alle ipotesi di impugnabilità contemplate dall'art. 409, sesto comma, ed ai casi di ricorso indicati nell'art. 606, lett. c), del codice di procedura penale.»

⁶⁵ G. COLAIACOVO, *Riforma Orlando, il procedimento di archiviazione*, in *www.parolaalladifesa.it*, 16 giugno 2017.

riforme che hanno interessato il procedimento di Cassazione, che, nella direzione di un contenimento dei carichi che su di essa gravano, ha previsto, per esempio, tra l'altro, l'inammissibilità del ricorso presentato direttamente dall'imputato ovvero ha attribuito alle Corti di Appello la competenza in materia di impugnativa della sentenza di non luogo a procedere ovvero quella in materia di rescissione del giudicato.

Orbene, a norma del co. 3 dell'art. 410-*bis* c.p.p., quando si verifica un'ipotesi di nullità, sia del decreto che dell'ordinanza di archiviazione, l'interessato, entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento, può proporre reclamo innanzi al tribunale in composizione monocratica, che provvede con ordinanza non impugnabile, senza intervento delle parti interessate, previo avviso, almeno dieci giorni prima, dell'udienza fissata per la decisione alle parti medesime, che possono presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza.

A mente del comma successivo, il giudice, se il reclamo è fondato, annulla il provvedimento oggetto di reclamo e ordina la restituzione degli atti al giudice che ha emesso il provvedimento. Altrimenti conferma il provvedimento o dichiara inammissibile il reclamo, condannando la parte privata che lo ha proposto al pagamento delle spese del procedimento e, nel caso di inammissibilità, anche al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende nei limiti di quanto previsto dall'art. 616 co. 1 c.p.p.

L'istituto è una novità assoluta, trattandosi della prima volta che si è stabilita una competenza impugnatoria di un giudice monocratico su altro giudice penale del medesimo Tribunale

Si tratta di una procedura che non prevede la celebrazione di un'udienza, ma contempla un contraddittorio cartolare preliminare, al fine di porre il giudice nella condizione di valutare le ragioni delle parti. Tali ragioni non potranno – questo è evidente – mai attenere al merito della vicenda, ma riguarderanno le valutazioni dei profili forieri di nullità, quindi di profili di carattere formale attinenti, per esempio, all'ottemperanza del dovere di avviso di cui all'art. 408 co. 3 e 3-*bis* c.p.p., al tempo in cui è stato emesso il provvedimento rispetto all'osservanza dell'avviso, alla correttezza della valutazione del G.I.P. circa i profili di ammissibilità dell'atto di opposizione.

L'organo dinanzi al quale il reclamo deve essere proposto è il Tribunale in composizione monocratica, sicché – a giudizio di chi scrive – è al giudice monocratico del dibattimento che viene immediatamente da pensare e non ad altro G.I.P., sia perché tale definizione è riservata, dal legislatore, ai giudici del dibattimento, sia per l'inopportunità – anche per le incompatibilità che ciò creerebbe negli uffici G.I.P. di dimensioni piccole o medio-piccole – che a giudicare in sede di impugnativa sia uno stesso giudice che compone la sezione di appartenenza del magistrato che ha emesso il

provvedimento^{66 67 68}.

Il termine decorre dalla conoscenza del provvedimento, che sarà facilmente accertabile quando, in presenza di un atto di opposizione della persona offesa, quand'anche ritenuto inammissibile e quantunque non seguito da udienza camerale, il giudice avrà disposto la notifica all'interessato del provvedimento emesso *de plano*, ma che diventa più problematico quanto si tratti di decreto di archiviazione seguito dalla sola restituzione degli atti all'archivio della Procura (si pensi ai casi in cui il G.I.P. non si accorge della necessità di avviso *ex art.* 408 c.p.p.), per cui non è previsto, neanche nella prassi, che se ne dia avviso alla persona offesa.

La parte legittimata – la norma parla di “interessato” – è certamente la persona offesa quando si tratti di questioni concernenti l'avviso *ex art.* 408 c.p.p., mentre potrà trattarsi anche dell'indagato, nel caso della mancanza di avviso *ex art.* 411 co. 1-*bis* c.p.p.

L'esito del subprocedimento dinanzi al giudice monocratico può essere triplice giacché tale organo può accogliere il reclamo, dichiarare la nullità del provvedimento di archiviazione e restituire gli atti al G.I.P., ovvero può disattendere le ragioni del reclamante, sia dichiarando inammissibile il gravame, sia rigettandolo perché infondato, in entrambi i casi condannandolo al pagamento delle spese del procedimento e, nel secondo, anche alla corresponsione di un'ammenda a favore della Cassa delle Ammende.

Il riformatore non ha indicato un termine per il deposito del provvedimento conclusivo sicché, condivisibilmente, i primi commentatori hanno individuato il termine ordinatorio di cui all'art. 128 c.p.p.⁶⁹.

Circa le cause di inammissibilità, oltre alla rinuncia al reclamo, vanno senz'altro annoverate la mancanza di legittimazione del proponente ovvero il mancato rispetto dei termini per proporre il gravame.

Quanto alla mancanza di legittimazione, deve ritenersi che essa possa essere riscontrata in tutti quei casi

⁶⁶ La pensa diversamente A. LEOPIZZI *Archiviazione della notizia di reato. Le modifiche introdotte dalla Riforma della giustizia penale* cit che ritiene che le tabelle degli uffici possano prevedere anche che, a decidere sui reclami, sia altro magistrato della Sezione Gip/G.U.P.

⁶⁷ Addirittura in sede di dibattito parlamentare era stata segnalata l'inopportunità di una “continuità” tra G.I.P. che ha adottato il provvedimento e giudice che decide sul reclamo, in Senato della Repubblica, XVII legislatura, Fascicolo Iter DDL S. 2067, atti del Senato.

⁶⁸ È dell'opinione che la norma si riferisca al giudice monocratico anche S. BELTRANI, *La Cassazione dopo la riforma Orlando*, in *Penalista.it*, focus del 5.7.2017, che dubita dell'opportunità della scelta normativa, sia perché si è affidato il reclamo ad un giudice monocratico come monocratico è il magistrato che emette il provvedimento impugnato, sia perché si è individuato proprio il giudice monocratico del Tribunale, giacché «le funzioni G.I.P. sono tradizionalmente ricoperte da magistrati con particolare esperienza, il che non sempre accade in Tribunale, dove giudice monocratico può essere anche un got».

⁶⁹ A. LEOPIZZI *Archiviazione della notizia di reato. Le modifiche introdotte dalla Riforma della giustizia penale*, cit.

in cui il soggetto non sia da considerarsi persona offesa e, quindi, in cui quello che si contesta è proprio una declaratoria di inammissibilità dell'opposizione emessa dal G.I.P. sotto tale profilo; si pensi ai casi, molto numerosi nella pratica, di opposizione a richiesta di archiviazione per il reato di cui all'art. 372 c.p. proposta dalla parte controinteressata all'esito del procedimento in cui si colloca la testimonianza presunta falsa che, per giurisprudenza costante, vede quest'ultima non legittimata a proporre opposizione.

È evidente che la pronunzia demolitoria del giudice monocratico darà luogo, quando il provvedimento sia stato pronunziato dopo che l'avviso *ex art. 408 c.p.p.* è stato emesso dal P.M., ad una trasmissione al G.I.P. che comporterà la rivalutazione, se del caso previa fissazione di apposita udienza camerale, dell'opposizione; quando, invece, il decreto di archiviazione segua ad una richiesta di archiviazione con relativo avviso non notificato *ex art. 408 c.p.p.*, ci si deve domandare se, a sua volta, il G.I.P. dovrà disporre la restituzione atti al P.M. affinché emetta l'avviso ovvero se la parte impugnante, già ampiamente edotta della richiesta di archiviazione, debba avere un termine – magari decorrente dalla conoscenza del provvedimento del giudice monocratico che ha dichiarato la nullità – per proporre opposizione.

Sembra questa la soluzione più ragionevole, che evita ulteriori, inutili passaggi e che bada alla sostanza delle cose, laddove la parte che si è lamentata della mancata notifica dell'avviso ha dimostrato, proponendo reclamo, di essere perfettamente a conoscenza della richiesta di archiviazione ed ha avuto accesso agli atti, essendo naturalmente in una fase di completa *discovery*.

Il provvedimento conclusivo, benché definito espressamente non impugnabile nel comma 3, secondo la dottrina, non può sottrarsi al ricorso per Cassazione se emesso senza la regolare instaurazione del contraddittorio tenuto conto dell'ordinaria impugnabilità delle decisioni emesse *ex art. 127 c.p.p.*⁷⁰; di contrario avviso l'ufficio del Massimario presso la S.C., che ha escluso la possibilità di gravame (salvi i casi di abnormità) in forza del dettato normativo specifico sul punto e del principio della tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 co. 1 c.p.p.⁷¹.

In conclusione, se lo scopo dello spostamento di competenza della Corte di Cassazione al giudice mo-

nocratico deve essere salutato con favore per decongestionare i carichi della S.C., il timore è che la maggiore accessibilità del rimedio comporti una proliferazione di reclami⁷², laddove – questo è un dato innegabile – vi è una forte tendenza alla strumentalizzazione e ad un distorto utilizzo della denuncia penale che ingolfa le Procure della Repubblica e gli uffici del G.I.P., rendendo molto intensa l'attività di questi ultimi *ex art. 409 c.p.p.*, e che rischia di far sentire il proprio peso anche sui giudici monocratici.

Altro aspetto potenzialmente negativo che è stato segnalato è costituito dalla possibilità di interpretazioni differenziate per il venir meno del ruolo di nomofilachia della Corte di Cassazione sul punto, tanto che si era auspicato che la competenza passasse quanto meno alle Corti di Appello⁷³.

Va in conclusione ricordato che, grazie al richiamo all'art. 410-*bis* c.p.p. inserito nell'art. 411 c.p.p. accanto a quello agli artt. 408, 409 e 410, la disciplina del reclamo si applicherà anche quando l'archiviazione è richiesta perché manca una condizione di procedibilità, la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale per particolare tenuità del fatto, il reato è estinto o che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Anche su questo aspetto manca una normativa transitoria per cui è l'interprete che deve interrogarsi circa l'applicabilità della nuova disciplina impugnatoria ai provvedimenti di archiviazione emessi prima del

⁷² In questo senso anche A. LEOPIZZI *Archiviazione della notizia di reato. Le modifiche introdotte dalla Riforma della giustizia penale* cit.

⁷³ G. COLAIACOVO, *Riforma Orlando: procedimento di archiviazione*, cit.: «Il perseguimento di tale risultato, tuttavia, fa sorgere alcune perplessità, nella parte in cui, escludendo il vaglio della Suprema Corte, non consente un controllo di legittimità su aspetti fondamentali, che richiedono valutazioni squisitamente in iure come quelle sulla legittimazione ad opporsi e la sussistenza della qualità di persona offesa in presenza di talune peculiari fattispecie criminose [per una panoramica della variegata casistica, Casaccia – Gizzi, sub art. 408, in Lattanzi – Lupo, Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. V, Indagini preliminari e udienza preliminare, Giuffrè, 2013, p. 1112 e ss.]. La questione, che pure ha richiesto l'intervento delle Sezioni unite [Cass., sez. un., 25 ottobre 2007, n. 46982, in Cass. pen., 2008, p. 148, in tema di natura plurioffensiva del reato di falsità], potrebbe ora essere risolta diversamente sulla base dell'orientamento del tribunale o del singolo giudice, così pregiudicando una uniformità di interpretazione su un tema invero molto delicato [criticando la soluzione interpretativa che aveva attribuito alla Corte di cassazione la competenza a pronunciarsi in materia di nullità del provvedimento di archiviazione, Nappi, La riforma della impugnazione: *habent sua siderea leges*, in Cass. pen., 2004, p. 1906, riteneva più opportuno investire le corti d'appello di tali questioni, riservando alla competenza della Suprema Corte soltanto la risoluzione di eventuali contrasti giurisprudenziali. Una soluzione di questo tipo, anche nel contesto della novella in commento, garantirebbe, attraverso la concentrazione in sede distrettuale, una maggiore uniformità di vedute rispetto a quella che si svilupperebbe dalla devoluzione della materia ai singoli tribunali].»

⁷⁰ A. LEOPIZZI *Archiviazione della notizia di reato*, cit.: «Le modifiche introdotte dalla Riforma della giustizia penale.» La decisione sul reclamo non risulta *expressis verbis* impugnabile ulteriormente ma pare difficile escludere la ricorribilità per cassazione, *ex art. 127, comma 5, c.p.p.*, quale provvedimento camerale, in caso di una violazione del contraddittorio verificatasi durante il procedimento di gravame.»

⁷¹ *Considerazioni sulle ricadute nel giudizio di cassazione della legge 23 giugno 2017, n. 103 – questioni di diritto intertemporale*, a cura di Luigi Barone, Matilde Brancaccio, Paolo Di Geronimo, Giorgio Fidelbo e Piero Silvestri.

3 agosto 2017 per cui già sia stato proposto ricorso per Cassazione ovvero siano ancora aperti i termini per l'impugnazione. Una logica ispirata all'immediata operatività della riforma e alla conseguente, immediata deflazione dei carichi della Suprema Corte imporrebbe di discostarsi dal precedente di S.U. Lista secondo cui «Ai fini dell'individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedano nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato, con disposizioni transitorie, il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio "tempus regit actum" impone di far riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione.» (Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007 – dep. 12/07/2007, P.C. in proc. Lista, Rv. 23653701)⁷⁴. A tale pronuncia, difatti, sono ispirate, *in parte qua*, le linee guida emanate dal Primo Presidente della Corte di Cassazione il 3 agosto 2017, laddove si è appunto stabilito che le nuove disposizioni in materia di archiviazione – evidentemente quelle relative al venir meno della competenza della S.C., dato che le linee-guida riguardano solo l'attività di quest'ultima – si applicano ai provvedimenti di archiviazione emessi dopo l'entrata in vigore della novella⁷⁵.

9. L'iscrizione forzata e la decorrenza dei termini delle indagini

L'iscrizione coatta prevista dall'art. 415 c.p.p. nei procedimenti contro ignoti, laddove il G.I.P. concluda la necessaria procedura camerale con l'ordine di iscrivere un soggetto nel registro generale notizie di reato, è stata anch'essa piegata all'esigenza di contingentare i tempi e di evitare iscrizioni ritardate o differite nel tempo nonostante l'input proveniente dal G.I.P. Tale scopo è stato perseguito prevedendo che il termine per lo svolgimento delle indagini preliminari decorre dal provvedimento del G.I.P., il che ha l'evidente scopo di evitare che il P.M. "lucris" tempo per le indagini dal ritardo con cui esegua il provvedimento del G.I.P.

A questo proposito va ricordato che la stessa L. 103 ha anche esteso i compiti di vigilanza dei Procuratori della Repubblica e dei Procuratori Generali rispetto

alla osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, all'evidente scopo di controllare che i sostituti provvedano ad iscrizioni tardive per guadagnare ulteriore tempo per svolgere le indagini, in spregio al sistema dei termini e con evidente allungamento dei tempi del procedimento.

Oggi, a seguito dell'entrata in vigore della L. 103 (e con la modifica degli artt. 2 co. 2 e 6 co. 2 d.l. 106 / 06), il procuratore della Repubblica deve assicurare non solo il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio, ma anche «l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato». Il Procuratore Generale presso la Corte di Appello, di contro, deve vigilare anche su questo aspetto dell'attività dei pubblici ministeri di primo grado e farne relazione annuale al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

Come segnalato in sede di primo commento⁷⁶, non è "passata" la linea già proposta dalla "Commissione Canzio"⁷⁷, che aveva suggerito di introdurre nell'art. 407 c.p.p. un nuovo comma 3, secondo cui «il giudice verifica la tempestività degli adempimenti di cui all'art. 335, eventualmente determinando la data nella quale si sarebbe dovuto provvedere»⁷⁸.

La norma, in assenza di disciplina transitoria, si applicherà ai provvedimenti emessi dal G.I.P. successivamente al 3 agosto 2017.

⁷⁴ Nella sentenza, oltre ad affermarsi il principio secondo cui, qualora l'atto di impugnazione di una sentenza sia proposto prima dell'entrata in vigore di una novella che concerna il relativo regime impugnatorio, il procedimento debba proseguire secondo le "vecchie" regole, si va oltre, affermandosi che è il momento della pronuncia della sentenza (prima o dopo l'entrata in vigore della riforma) che determina l'applicabilità, rispettivamente, della vecchia o della nuova disciplina.

⁷⁵ Le linee guida sono state pubblicate su il Penalista.it: esse, sul punto specifico, non si discostano dalla relazione dell'ufficio del massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione *Considerazioni sulle ricadute nel giudizio di cassazione della legge 23 giugno 2017, n. 103 – questioni di diritto intertemporale*, a cura di Luigi Barone, Matilde Brancaccio, Paolo Di Geronimo, Giorgio Fidelbo e Piero Silvestri, redatte il 24.7.2017.

⁷⁶ M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma orlando: le modifiche attinenti al processo penale*, cit.

⁷⁷ Commissione istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia "per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale".

⁷⁸ A proposito di modifiche attinenti alla materia processuale ma che non riguardano direttamente il codice di rito va anche ricordato che il comma 37 dell'art. 1 L. 103 / 2017 ha interpolato l'art. 15 della L. 47 / 2015, che prevede che il Governo, entro il 31 gennaio di ogni anno, presenti alle Camere una relazione contenente dati, rilevazioni e statistiche relativi all'applicazione, nell'anno precedente, delle misure cautelari personali, distinte per tipologie, con l'indicazione dell'esito dei relativi procedimenti, ove conclusi. Ora la relazione predetta dovrà contenere anche «i dati relativi alle sentenze di riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione, con specificazione delle ragioni dell'accoglimento e dell'entità delle riparazioni» e quelli dei «procedimenti disciplinari iniziati nei riguardi dei magistrati per le accertate ingiuste detenzioni», con specificazione dell'esito ove conclusi.

10. Norme di riferimento

Vecchio testo

Nuovo testo

Art. 90-bis. Informazioni alla persona offesa

1. Alla persona offesa, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, vengono fornite, in una lingua a lei comprensibile, informazioni in merito:

- a) alle modalità di presentazione degli atti di denuncia o querela, al ruolo che assume nel corso delle indagini e del processo, al diritto ad avere conoscenza della data, del luogo del processo e della imputazione e, ove costituita parte civile, al diritto a ricevere notifica della sentenza, anche per estratto;
- b) alla facoltà di ricevere comunicazione dello stato del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1 e 2;
- c) alla facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione;
- d) alla facoltà di avvalersi della consulenza legale e del patrocinio a spese dello Stato;
- e) alle modalità di esercizio del diritto all'interpretazione e alla traduzione di atti del procedimento;
- f) alle eventuali misure di protezione che possono essere disposte in suo favore;
- g) ai diritti riconosciuti dalla legge nel caso in cui risieda in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stato commesso il reato;
- h) alle modalità di contestazione di eventuali violazioni dei propri diritti;
- i) alle autorità cui rivolgersi per ottenere informazioni sul procedimento;
- l) alle modalità di rimborso delle spese sostenute in relazione alla partecipazione al procedimento penale;
- m) alla possibilità di chiedere il risarcimento dei danni derivanti da reato;
- n) alla possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'articolo 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione;
- o) alle facoltà ad essa spettanti nei procedimenti in cui l'imputato formula richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova o in quelli in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto;
- p) alle strutture sanitarie presenti sul territorio, alle case famiglia, ai centri antiviolenza e alle case rifugio.

Art. 90-bis. Informazioni alla persona offesa

1. Alla persona offesa, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, vengono fornite, in una lingua a lei comprensibile, informazioni in merito:

- a) alle modalità di presentazione degli atti di denuncia o querela, al ruolo che assume nel corso delle indagini e del processo, al diritto ad avere conoscenza della data, del luogo del processo e della imputazione e, ove costituita parte civile, al diritto a ricevere notifica della sentenza, anche per estratto;
- b) alla facoltà di ricevere comunicazione dello stato del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-ter;**
- c) alla facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione;
- d) alla facoltà di avvalersi della consulenza legale e del patrocinio a spese dello Stato;
- e) alle modalità di esercizio del diritto all'interpretazione e alla traduzione di atti del procedimento;
- f) alle eventuali misure di protezione che possono essere disposte in suo favore;
- g) ai diritti riconosciuti dalla legge nel caso in cui risieda in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stato commesso il reato;
- h) alle modalità di contestazione di eventuali violazioni dei propri diritti;
- i) alle autorità cui rivolgersi per ottenere informazioni sul procedimento;
- l) alle modalità di rimborso delle spese sostenute in relazione alla partecipazione al procedimento penale;
- m) alla possibilità di chiedere il risarcimento dei danni derivanti da reato;
- n) alla possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'articolo 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione;
- o) alle facoltà ad essa spettanti nei procedimenti in cui l'imputato formula richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova o in quelli in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto;
- p) alle strutture sanitarie presenti sul territorio, alle case famiglia, ai centri antiviolenza e alle case rifugio.

<p>Art. 104 Colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare</p> <p>1. L'imputato in stato di custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura.</p> <p>2. La persona arrestata in flagranza o fermata a norma dell'articolo 384 ha diritto di conferire con il difensore subito dopo l'arresto o il fermo.</p> <p>3. Nel corso delle indagini preliminari, quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice su richiesta del pubblico ministero può, con decreto motivato, dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore.</p> <p>4. Nell'ipotesi di arresto o di fermo, il potere previsto dal comma 3 è esercitato dal pubblico ministero fino al momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice.</p> <p>4-bis. L'imputato in stato di custodia cautelare, l'arrestato e il fermato, che non conoscono la lingua italiana, hanno diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore a norma dei commi precedenti. Per la nomina dell'interprete si applicano le disposizioni del titolo IV del libro II.</p>	<p>Art. 104 Colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare</p> <p>1. L'imputato in stato di custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura.</p> <p>2. La persona arrestata in flagranza o fermata a norma dell'articolo 384 ha diritto di conferire con il difensore subito dopo l'arresto o il fermo.</p> <p>3. Nel corso delle indagini preliminari per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice su richiesta del pubblico ministero può, con decreto motivato, dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore.</p> <p>4. Nell'ipotesi di arresto o di fermo, il potere previsto dal comma 3 è esercitato dal pubblico ministero fino al momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice.</p> <p>4-bis. L'imputato in stato di custodia cautelare, l'arrestato e il fermato, che non conoscono la lingua italiana, hanno diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore a norma dei commi precedenti. Per la nomina dell'interprete si applicano le disposizioni del titolo IV del libro II.</p>
<p>Art. 162. Comunicazione del domicilio dichiarato o del domicilio eletto</p> <p>1. Il domicilio dichiarato, il domicilio eletto e ogni loro mutamento sono comunicati dall'imputato all'autorità che procede, con dichiarazione raccolta a verbale ovvero mediante telegramma o lettera raccomandata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da persona autorizzata o dal difensore.</p> <p>2. La dichiarazione può essere fatta anche nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale l'imputato si trova.</p> <p>3. Nel caso previsto dal comma 2 il verbale è trasmesso immediatamente all'autorità giudiziaria che procede. Analogamente si provvede in tutti i casi in cui la comunicazione è ricevuta da una autorità giudiziaria che, nel frattempo, abbia trasmesso gli atti ad altra autorità.</p> <p>4. Finché l'autorità giudiziaria che procede non ha ricevuto il verbale o la comunicazione, sono valide le notificazioni disposte nel domicilio precedentemente dichiarato o eletto.</p>	<p>Art. 162. Comunicazione del domicilio dichiarato o del domicilio eletto</p> <p>1. Il domicilio dichiarato, il domicilio eletto e ogni loro mutamento sono comunicati dall'imputato all'autorità che procede, con dichiarazione raccolta a verbale ovvero mediante telegramma o lettera raccomandata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da persona autorizzata o dal difensore.</p> <p>2. La dichiarazione può essere fatta anche nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale l'imputato si trova.</p> <p>3. Nel caso previsto dal comma 2 il verbale è trasmesso immediatamente all'autorità giudiziaria che procede. Analogamente si provvede in tutti i casi in cui la comunicazione è ricevuta da una autorità giudiziaria che, nel frattempo, abbia trasmesso gli atti ad altra autorità.</p> <p>4. Finché l'autorità giudiziaria che procede non ha ricevuto il verbale o la comunicazione, sono valide le notificazioni disposte nel domicilio precedentemente dichiarato o eletto.</p> <p>4-bis. L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario</p>

Art. 335**Registro delle notizie di reato**

1. Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito.
2. Se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal comma 1 senza procedere a nuove iscrizioni.
3. Ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), le iscrizioni previste ai commi 1 e 2 sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta.
- 3-bis. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta, può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile.

Art. 335**Registro delle notizie di reato**

1. Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito.
2. Se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal comma 1 senza procedere a nuove iscrizioni.
3. Ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), le iscrizioni previste ai commi 1 e 2 sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta.
- 3-bis. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta, può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile.
- 3-ter. Senza pregiudizio del segreto investigativo, decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela, la persona offesa dal reato può chiedere di essere informata dall'autorità che ha in carico il procedimento circa lo stato del medesimo.**

Art. 360**Accertamenti tecnici non ripetibili**

1. Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.
2. Si applicano le disposizioni dell'articolo 364 comma 2.
3. I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve.
4. Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che non si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.
5. Se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento.

Art. 360**Accertamenti tecnici non ripetibili**

1. Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.
2. Si applicano le disposizioni dell'articolo 364 comma 2.
3. I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve.
4. Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che non si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.
- 4-bis. La riserva di cui al comma 4 perde efficacia e non può essere ulteriormente formulata se la richiesta di incidente probatorio non è proposta entro il termine di dieci giorni dalla formulazione della riserva stessa.**
5. **Fuori del caso di inefficacia della riserva di incidente probatorio previsto dal comma 4-bis**, se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento.

Art. 407**Termini di durata massima delle indagini****Preliminari**

1. Salvo quanto previsto all'articolo 393 comma 4, la durata delle indagini preliminari non può comunque superare diciotto mesi.

2. La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano:

a) i delitti appresso indicati:

1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43;

2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale;

3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;

4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale;

5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110;

6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza;

7-bis) dei delitti previsto dagli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma (1), 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'art. 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. (2)

b) notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese;

c) indagini che richiedono il compimento di atti all'estero;

d) procedimenti in cui è indispensabile mantenere il collegamento tra più uffici del pubblico ministero a norma dell'articolo 371.

3. Salvo quanto previsto dall'articolo 415-bis, qualora il

Art. 407**Termini di durata massima delle indagini****Preliminari**

1. Salvo quanto previsto all'articolo 393 comma 4, la durata delle indagini preliminari non può comunque superare diciotto mesi.

2. La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano:

a) i delitti appresso indicati:

1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43;

2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale;

3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;

4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale;

5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110;

6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza;

7-bis) dei delitti previsto dagli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma (1), 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'art. 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

b) notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese;

c) indagini che richiedono il compimento di atti all'estero;

d) procedimenti in cui è indispensabile mantenere il collegamento tra più uffici del pubblico ministero a norma dell'articolo 371.

pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati.

3. Salvo quanto previsto dall'articolo 415-bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati.

3-bis. In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415-bis.

Nel caso di cui al comma 2, lettera b), del presente articolo, su richiesta presentata dal pubblico ministero prima della scadenza, il procuratore generale presso la corte di appello può prorogare, con decreto motivato, il termine per non più di tre mesi, dandone notizia al procuratore della Repubblica. Il termine di cui al primo periodo del presente comma è di quindici mesi per i reati di cui al comma 2, lettera a), numeri 1), 3) e 4), del presente articolo. Ove non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale nel termine stabilito dal presente comma, il pubblico ministero ne dà immediata comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello;

Art. 408**Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato**

1. Entro i termini previsti dagli articoli precedenti, il pubblico ministero, se la notizia di reato è infondata, presenta al giudice richiesta di archiviazione. Con la richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari.

2. L'avviso della richiesta è notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione.

3. Nell'avviso è precisato che, nel termine di dieci giorni, la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari.

3-bis. Per i delitti commessi con violenza alla persona, l'avviso della richiesta di archiviazione è in ogni caso notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa ed il termine di cui al comma 3 è elevato a venti giorni.

Art. 408**Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato**

1. Entro i termini previsti dagli articoli precedenti, il pubblico ministero, se la notizia di reato è infondata, presenta al giudice richiesta di archiviazione. Con la richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari.

2. L'avviso della richiesta è notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione.

3. Nell'avviso è precisato che, nel termine di **venti** giorni, la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari.

3-bis. Per i delitti commessi con violenza alla persona **e per il reato di cui all'articolo 624-bis del codice penale**, l'avviso della richiesta di archiviazione è in ogni caso notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa ed il termine di cui al comma 3 è elevato a **trenta** giorni.

Art. 409**Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione**

1. Fuori dei casi in cui sia stata presentata l'opposizione prevista dall'articolo 410, il giudice, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Il provvedimento che dispone l'archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare.
2. Se non accoglie la richiesta, il giudice fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall'articolo 127. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di estrarne copia.
3. Della fissazione dell'udienza il giudice dà inoltre comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello.
4. A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse.
5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419.
6. L'ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione solo nei casi di nullità previsti dall'articolo 127 comma 5.

Art. 409**Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione**

1. Fuori dei casi in cui sia stata presentata l'opposizione prevista dall'articolo 410, il giudice, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Il provvedimento che dispone l'archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare.
2. Se non accoglie la richiesta, il giudice **entro tre mesi** fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall'articolo 127. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di estrarne copia.
3. Della fissazione dell'udienza il giudice dà inoltre comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello.
4. A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse, **altrimenti provvede entro tre mesi sulle richieste.**
5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419.
- 6. (Abrogato)**

	<p>Art. 410-bis Nullità del provvedimento di archiviazione</p> <p>1. Il decreto di archiviazione è nullo se è emesso in mancanza dell'avviso di cui ai commi 2 e 3-bis dell'articolo 408 e al comma 1-bis dell'articolo 411 ovvero prima che il termine di cui ai commi 3 e 3-bis del medesimo articolo 408 sia scaduto senza che sia stato presentato l'atto di opposizione. Il decreto di archiviazione è altresì nullo se, essendo stata presentata opposizione, il giudice omette di pronunciarsi sulla sua ammissibilità o dichiara l'opposizione inammissibile, salvi i casi di inosservanza dell'articolo 410, comma 1.</p> <p>2. L'ordinanza di archiviazione è nulla solo nei casi previsti dall'articolo 127, comma 5.</p> <p>3. Nei casi di nullità previsti dai commi 1 e 2, l'interessato, entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento, può proporre reclamo innanzi al tribunale in composizione monocratica, che provvede con ordinanza non impugnabile, senza intervento delle parti interessate, previo avviso, almeno dieci giorni prima, dell'udienza fissata per la decisione alle parti medesime, che possono presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza.</p> <p>4. Il giudice, se il reclamo è fondato, annulla il provvedimento oggetto di reclamo e ordina la restituzione degli atti al giudice che ha emesso il provvedimento. Altrimenti conferma il provvedimento o dichiara inammissibile il reclamo, condannando la parte privata che lo ha proposto al pagamento delle spese del procedimento e, nel caso di inammissibilità, anche al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende nei limiti di quanto previsto dall'articolo 616, comma 1</p>
<p>Art. 411 Altri casi di archiviazione</p> <p>1. Le disposizioni degli articoli 408, 409 e 410 si applicano anche quando risulta che manca una condizione di procedibilità, che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale per particolare tenuità del fatto, che il reato è estinto o che il fatto non è previsto dalla legge come reato.</p> <p>1-bis. Se l'archiviazione è richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5.</p>	<p>Art. 411 Altri casi di archiviazione</p> <p>1. Le disposizioni degli articoli 408, 409 e 410 e 410 bis si applicano anche quando risulta che manca una condizione di procedibilità, che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale per particolare tenuità del fatto, che il reato è estinto o che il fatto non è previsto dalla legge come reato.</p> <p>1-bis. Se l'archiviazione è richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5.</p>

Art. 412**Avocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell'azione penale**

1. Il procuratore generale presso la corte di appello dispone con decreto motivato l'avocazione delle indagini preliminari se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice. Il procuratore generale svolge le indagini preliminari indispensabili e formula le sue richieste entro trenta giorni dal decreto di avocazione.
2. Il procuratore generale, può altresì disporre l'avocazione a seguito della comunicazione prevista dall'articolo 409 comma 3.

Art. 412**Avocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell'azione penale**

1. **Il procuratore generale presso la corte di appello, se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'articolo 407, comma 3-bis, dispone, con decreto motivato, l'avocazione delle indagini preliminari.** Il procuratore generale svolge le indagini preliminari indispensabili e formula le sue richieste entro trenta giorni dal decreto di avocazione.
2. Il procuratore generale, può altresì disporre l'avocazione a seguito della comunicazione prevista dall'articolo 409 comma 3.

Art. 415**Reato commesso da persone ignote**

1. Quando è ignoto l'autore del reato il pubblico ministero, entro sei mesi dalla data della registrazione della notizia di reato, presenta al giudice richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini.
2. Quando accoglie la richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini, il giudice pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Se ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato.
3. Si osservano, in quanto applicabili, le altre disposizioni di cui al presente titolo.
4. Nell'ipotesi di cui all'articolo 107-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, la richiesta di archiviazione ed il decreto del giudice che accoglie la richiesta sono pronunciati cumulativamente con riferimento agli elenchi trasmessi dagli organi di polizia con l'eventuale indicazione delle denunce che il pubblico ministero o il giudice intendono escludere, rispettivamente, dalla richiesta o dal decreto.

Art. 415**Reato commesso da persone ignote**

1. Quando è ignoto l'autore del reato il pubblico ministero, presenta al giudice richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini.
 2. Quando accoglie la richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini, il giudice pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Se ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato.
- 2-bis. Il termine di cui al comma 2 dell'articolo 405 decorre dal provvedimento del giudice.**
3. Si osservano, in quanto applicabili, le altre disposizioni di cui al presente titolo.
 4. Nell'ipotesi di cui all'articolo 107-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, la richiesta di archiviazione ed il decreto del giudice che accoglie la richiesta sono pronunciati cumulativamente con riferimento agli elenchi trasmessi dagli organi di polizia con l'eventuale indicazione delle denunce che il pubblico ministero o il giudice intendono escludere, rispettivamente, dalla richiesta o dal decreto.

Valeria Bove
Giudice del Tribunale di Napoli

La riforma del codice di procedura penale, tra esigenze di razionalizzazione del sistema e necessità di adeguamento al *dictum* giurisprudenziale.

Parte seconda: gli interventi di immediata applicazione in tema di riti speciali e di motivazione della sentenza

abstract

Statute law n. 103 of June, 23th, 2017 was published in G.U. on July, 4th, 2017, n.154. It was enacted on August, 3rd, 2017 and several changes in criminal law, criminal procedure and judicial system have been implemented. The author analyses immediate self-executing rules about criminal procedure code, that is to say rules about judgment explanation and special procedures. Both of them seem to meet a common rationale: they aim to transform well-established or recent case law into statutory rules and, simultaneously, they try to deflate Supreme Court of Cassation loading cases: reasons to appeal the Supreme Court have been reduced and some cases will be decided by Courts of Appeal.

keywords

Reform Orlando – Special rites – Summary procedure – plea bargaining – grounds of the judgment.

abstract

Il legislatore con la legge n. 103 del 23 giugno 2017, pubblicata in G.U. il 4 luglio 2017, n.154, ed entrata in vigore il 3 agosto 2017, ha introdotto modifiche al codice penale, al codice di procedura penale ed all'ordinamento penitenziario. L'autrice analizza, tra le disposizioni di immediata applicazione di riforma del codice di procedura penale, le novità in tema di motivazione della sentenza e le modifiche ai riti speciali, che sembrano rispondere ad una ratio comune: recepire gli orientamenti giurisprudenziali più recenti o comunque consolidati e, contestualmente, decongestionare il carico della Suprema Corte di cassazione, o limitando i motivi di ricorso o attribuendo alla Corte d'appello la competenza a decidere sulle questioni alla prima sottratte.

parole chiave

Riforma Orlando – Riti speciali – abbreviato – patteggiamento – motivazione della sentenza.

sommario

1. Le modiche in materia di riti speciali. – **1.1** L'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere. – **1.2** Le modifiche in tema di giudizio abbreviato. – **1.3** Le modifiche al patteggiamento ed al procedimento per decreto - **2.** Cosa cambia nella motivazione della sentenza. – **3.** Norme di riferimento.

1. Le modifiche in materia di riti speciali

Il legislatore con la legge n. 103 del 23 giugno 2017, pubblicata in G.U. il 4 luglio 2017, n.154, ed entrata in vigore il 3 agosto 2017, ha introdotto modifiche al codice penale, al codice di procedura penale

ed all'ordinamento penitenziario. Alcune disposizioni sono di immediata applicazione, entrando esse in vigore il 3 agosto 2017; altre saranno operative decorso un anno; in altri settori, la scelta del legislatore è stata quella di delegare al governo l'adozione di decreti legislativi, che dovranno attenersi ai principi fissati nella legge in commento.

Ebbene, nel primo ambito (e dunque tra le disposizioni di immediata applicazione) e con specifico riferimento al codice di procedura penale, rientrano – tra le altre¹ – quelle di riforma dei riti speciali, nel cui

¹ Per una disanima delle modifiche al codice di procedura penale d'immediata applicazione, cfr la prima e la terza parte del pre-

ambito, come si vedrà, le modifiche sembrano rispondere ad una ratio comune: recepire gli orientamenti giurisprudenziali più recenti o comunque consolidati e, contestualmente, decongestionare il carico della Suprema Corte di cassazione, o limitando i motivi di ricorso o attribuendo alla Corte d'appello la competenza a decidere sulle questioni alla prima sottratte.

1.1 L'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere.

Nell'ambito delle modifiche ai riti speciali, le relazioni introduttive inseriscono anche la disciplina dell'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere (art. 428 c.p.p.)², nonostante essa non sia contenuta nel titolo relativo ai procedimenti speciali, bensì in quello inerente l'udienza preliminare.

In ogni caso è questa l'unica modifica che la riforma Orlando apporta all'udienza preliminare ed essa incide unicamente sulla decisione adottata in quella sede, ossia sulla sentenza di non luogo a procedere, sui rimedi impugnatori e sulle decisioni adottabili in sede di impugnazione.

Si torna, in linea di massima, all'appello già previsto prima della legge 20 febbraio 2006, n. 46, cd legge Pecorella, che aveva notevolmente inciso sulla disciplina della impugnabilità della sentenza di non luogo a procedere.³

La nuova disciplina dei rimedi impugnatori avverso la sentenza di non luogo a procedere va letta alla luce del contenuto della delega al Governo per la riforma della disciplina in materia, tra le altre, di giudizi di impugnazione nel processo penale, contenuta al co. 82 della riforma, ed in particolare dei principi e dei criteri direttivi fissati al co. 84, la cui lettera l) prescrive di escludere l'appellabilità delle sentenze di condanna alla sola pena dell'ammenda e delle sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con una pena alternativa.

Il principio espresso nella delega, con riferimento alla sentenza di non luogo a procedere, merita qualche riflessione, perché esso sembra ricalcare una delle tre eccezioni che, in base alla disciplina antecedente alla legge 20 febbraio 2006 n. 46, subiva (e tuttora subisce) la regola generale dell'impugnabilità della sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza preliminare.

Ed infatti se la normativa antecedente la riforma Pecorella, che quella su cui ha inciso la riforma Orlando

sente lavoro, pubblicati in questo stesso numero, con i contributi, rispettivamente, di Paola Borrelli e Marco de Leva.

² Nota breve n. 126 - agosto 2016 Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario A.S. n. 2067 e connessi-A, Servizio Studi del Senato.

³ M. GIALUZ, A. CABIALE E J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

prevedevano che la sentenza di non luogo a procedere non fosse appellabile (rectius, a seguito della modifica del 2006, impugnabile con ricorso per cassazione) da parte dell'imputato, qualora essa fosse stata emessa con formula "perché il fatto non sussiste" o "per non aver commesso il fatto", e ciò per l'evidente mancanza di interesse e se, tanto l'una quanto l'altra, stabilivano che la persona offesa poteva unicamente presentare ricorso per cassazione soltanto nei casi in cui fosse stata omessa o fosse stata compiuta tardivamente la notificazione degli atti introduttivi dell'udienza preliminare (la legge Pecorella ha previsto, in aggiunta, che la persona offesa, solo se costituita parte civile, potesse proporre ricorso in cassazione per violazione di legge), solo il "vecchio" art. 428 co. 5 c.p.p. – abrogato con la legge del 2006 – prevedeva appunto che non fosse appellabile, ma soltanto ricorribile in cassazione, la sentenza di non luogo a procedere relativa a contravvenzione punita con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa.

È dunque evidente che se la delega verrà esercitata ritornando, anche su questo aspetto, alla disciplina antecedente la riforma del 2006 (come sembra aver fatto sostanzialmente il legislatore con la modifica dell'art. 428 c.p.p. contenuta nella legge n. 103 del 2017 in esame), è verosimile immaginare che riprenderanno corpo tutti gli orientamenti giurisprudenziali espressi allora.

In ogni caso, in base ai principi enunciati nella delega, è possibile immaginare che l'ambito di applicazione della norma in esame sia destinato a restringersi ulteriormente, dovendo il legislatore esercitare la delega attenendosi anche al suddetto principio, che gli impone di escludere l'appellabilità delle sentenze di non luogo a procedere relative ai casi di contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con una pena alternativa, ossia a quelle ipotesi che integrano fatti generalmente meno gravi.

Queste le modifiche all'art. 428 c.p.p. – introdotte con i commi 38, 39 e 40 dell'art. 1 l. 103/2017 – che rispondono alla finalità di sottrarre la competenza dell'impugnazione alla Cassazione e di articolarla su un doppio grado di giudizio (di appello e di cassazione)⁴:

- al co. 1, si prevede che contro la sentenza di non luogo a procedere emessa in sede di udienza preliminare può essere proposto appello e non più direttamente ricorso per cassazione;
- si elimina il secondo periodo del co. 2, con la conseguenza che la persona offesa costituita parte civile non può più proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 606;
- il co. 3 (che nella vecchia formulazione stabiliva che sull'impugnazione decide la Corte di cassa-

⁴ Dossier n. 280 del 17 maggio 2017. Servizio Studio della Camera dei deputati.

zione in camera di consiglio con le forme previste dall'art. 127 c.p.p.) viene completamente sostituito, e vengono aggiunti due nuovi commi – il 3-*bis* ed il 3-*ter* – riarticolarlo così l'impugnazione su un doppio grado di giudizio⁵.

Pertanto, in base al nuovo co. 3 dell'art. 428 c.p.p., viene stabilito che la decisione della corte di appello va adottata con le forme previste dall'art. 127 c.p.p. e dunque con rito camerale partecipato; che, in caso di appello del p.m., la corte o può confermare la sentenza o può non confermarla, nel qual caso può alternativamente o disporre con decreto il giudizio formando il fascicolo dibattimentale o, in riforma, pronunciare sentenza di non luogo a procedere con formula meno favorevole all'imputato; se, invece, l'appello è proposto dall'imputato, la corte, se non conferma la sentenza (rigettando l'appello), pronuncia sentenza di non luogo a procedere con formula più favorevole all'imputato, in applicazione del principio del divieto di *reformatio in peius*.

Dal combinato disposto dell'art. 428 co. 1, 2 e 3 c.p.p., come modificati, si ricava, dunque, che legittimati a proporre appello avverso la sentenza di non luogo a procedere sono solo il p.m. e l'imputato e giammai la persona offesa o la parte civile. Non solo, ma la persona offesa, se costituita parte civile, non può più presentare neanche ricorso per cassazione.

La modifica apportata alla legittimazione attiva a proporre impugnazione, con l'esclusione della persona offesa ed i limitati poteri riconosciuti alla parte civile, merita una riflessione.

I primi appaiono, per un verso, in linea con l'orientamento della Suprema Corte e della Corte costituzionale, che aveva avuto modo di dichiarare infondata la questione di legittimità sollevata con riferimento alla disciplina antecedente la legge Pecorella che (al pari di quella introdotta con la legge 103 del 2017) prevedeva (e prevede) unicamente il potere per la persona offesa di proporre ricorso in cassazione nei soli casi di nullità previsti dall'art. 419 co. 7 c.p.p., (la riforma Orlando ha abrogato quell'ulteriore facoltà introdotta dalla legge Pecorella, che consentiva alla persona offesa costituitasi parte civile di proporre ricorso per cassazione per violazione di legge). Il giudice delle leggi aveva infatti ritenuto (anche se con riferimento all'i-

potesi specifica dei procedimenti per reati di ingiuria e di diffamazione) che non potesse considerarsi violato il principio di uguaglianza, proprio in quanto la fase dell'udienza preliminare è ben differente da quella del giudizio, poiché si caratterizza per decisioni fondate su una regola di tipo "processuale" e non "sostanziale", che giustifica e non rende arbitraria la scelta con cui il legislatore ha limitato il potere di impugnazione alle sole sentenze di condanna o di proscioglimento e che in ogni caso il diritto sostanziale della parte lesa (costituita parte civile) poteva essere comunque tutelato in sede civile (la sentenza di non luogo a procedere non fa stato nei giudizi civili o amministrativi di danno), senza che alcun pregiudizio potesse derivare dall'impugnabilità delle sentenze predette⁶.

Alla persona offesa continua oggi ad essere riconosciuto come unico rimedio impugnatorio il ricorso per cassazione nei soli casi di nullità previsti dall'art. 419 co. 7 c.p.p. e quindi soltanto nell'ipotesi in cui sia stata omessa o compiuta tardivamente la notificazione degli atti introduttivi dell'udienza preliminare e vi sia stata, dunque, una violazione del contraddittorio, e ciò al fine di ottenere l'annullamento della sentenza di non luogo a procedere con rinvio per fissazione di una nuova udienza preliminare, tenuta da diverso giudice. Come visto, se costituita parte civile, non può più proporre ricorso diretto in cassazione.

A bene vedere, però, queste scelte, che come visto si pongono in linea con il *dictum* del giudice delle leggi, stridono rispetto alla normativa recente – nata sul solco delle direttive europee⁷ – che tende ad attribuire sempre maggiori poteri processuali alla persona offesa, sia con riferimento alle facoltà alla stessa attribuite, che in relazione ai diritti che le vanno riconosciuti, anche nell'ambito del processo penale.

Una volta emessa, dalla corte di appello investita del gravame, la sentenza di non luogo a procedere, il rimedio impugnatorio contro di essa è il ricorso in cassazione che può essere proposto dall'imputato e dal PG presso la corte d'appello per i soli motivi di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 606 c.p.p. ovvero: esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri; inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale; inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza (in questo senso il nuovo

⁵ Il previgente art. 428 c.p.p. prevede contro la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in udienza preliminare il solo ricorso per cassazione. Legittimati a proporre il ricorso sono, da un lato, il procuratore della Repubblica e il procuratore generale; dall'altro, l'imputato, salvo che con la sentenza sia stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso; la persona offesa può ricorrere per cassazione nei soli casi di nullità previsti dall'articolo 419, co. 7 (relativi all'obbligo di avviso alle parti della data dell'udienza preliminare, inerenti quindi il rispetto del contraddittorio). La persona offesa costituita parte civile può proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 606. Sull'impugnazione la Cassazione decide in camera di consiglio nelle forme previste dall'art. 127 c.p.p.

⁶ Corte cost. 29 luglio 1992, n. 381 e Cass. Sez V, 11 novembre 1992 n. 1946, RV 193507.

⁷ Il riferimento è al decreto legislativo 15 dicembre 2015, n. 212, di attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Pubblicato sulla GU n.3 del 5-1-2016 ed entrato in vigore il 20/01/2016.

co. 3-*bis*). In altri termini, la sentenza di non luogo a procedere pronunciata dalla corte di appello è ricorribile per Cassazione ma solo per violazione di legge e la legittimazione a proporre il ricorso spetta unicamente all'imputato ed al PG presso la corte d'appello, giammai alla persona offesa⁸ o alla parte civile, ma neanche al Procuratore della Repubblica⁹.

La decisione viene assunta dalla corte di cassazione non più, come in passato, con le forme previste dall'art. 127 c.p.p. (in questo senso il vecchio co. 3, sostituito) bensì, in camera di consiglio con le forme previste dall'art. 611 c.p.p. Ciò significa che in deroga a quanto previsto dall'art. 127, la corte giudica in camera di consiglio sui motivi, sulle richieste del procuratore generale e sulle memorie delle altre parti senza intervento delle parti e dei difensori e che fino a quindici giorni prima dell'udienza, tutte le parti possono presentare motivi nuovi e memorie e, fino a cinque giorni prima, possono presentare memorie di replica.

Manca una norma transitoria, con conseguente applicazione del principio del *tempus regit actum*¹⁰: nel caso in esame, riguardano la modifica essenzialmente la normativa delle impugnazione, può farsi ricorso al principio espresso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte secondo cui «Ai fini dell'individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedano nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato, con disposizioni transitorie, il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio "*tempus regit actum*" impone di far riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione»¹¹.

Ne deriva che, in relazione ai procedimenti pendenti, le norme della riforma che modificano il regi-

⁸ Sotto la vigenza dell'art. 428 c.p.p., antecedente alla legge Pecorella, la Corte di cassazione aveva dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione presentato dalla persona offesa avverso la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in grado di appello (Cass. Sez. V, 10 ottobre 2005, n. 44023, RV 232705)

⁹ La mancanza di legittimazione per il Procuratore della Repubblica sembra doversi desumere dall'omesso richiamo a tale organo, contenuto nel nuovo co. 3-*bis* dell'art. 428 c.p.p.

¹⁰ Cfr. sul principio del *tempus regit actum* la recente Relazione nr. 56 del 24 luglio 2017 dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di cassazione, *Considerazioni sulle ricadute nel giudizio di cassazione della legge 23 giugno 2017, n. 103 – questioni di diritto intertemporale* – secondo cui: «Il principio a cui fare riferimento è quello del "*tempus regit actum*" che, in assenza di una norma espressa di diritto transitorio, opera alla stregua di un criterio generale. Due le direttrici fondanti: da un lato, la non retroattività della nuova legge procedurale, sicché gli atti compiuti mantengono la propria efficacia anche sotto l'impero della diversa legge processuale sopravvenuta; dall'altro, l'efficacia immediata della novella, di talché tutti gli atti successivi rispetto all'entrata in vigore della nuova norma devono essere compiuti secondo i presupposti richiesti dalla modifica normativa.»

¹¹ S.U. n. 27614 del 29/03/2007 – dep 12/07/2007, Lista, Rv 23657, di recente richiamata anche da Sez. 1, Sent. n. 5697 del 12/12/2014 Ud. (dep. 6/2/2015).

me d'impugnazione troveranno applicazione solo con riferimento a quelli per i quali, alla data del 3 agosto 2017, non è stata ancora pronunciata sentenza¹².

1.2 Le modifiche in tema di giudizio abbreviato

Significative le modifiche introdotte in materia di riti speciali, ed in particolar modo in tema di giudizio abbreviato, ove sono stati recepiti molti principi espressi dalla giurisprudenza. Sembra infatti essere questo l'ambito entro il quale il legislatore si è maggiormente attenuto al dictum giurisprudenziale.

Il legislatore – attraverso i commi 41, 42 e 43 dell'art. 1 l. 103/2017 – è prima di tutto intervenuto sui presupposti del giudizio abbreviato, modificando in più punti l'art. 438 c.p.p.

- La prima modifica riguarda il co. 4 dell'art. 438 c.p.p.: accanto alla previsione secondo cui sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato (disposizione, questa, rimasta inalterata), si è previsto che se la richiesta viene avanzata dall'imputato immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice possa provvedere solo dopo che sia decorso il termine eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive sui temi (*rectius*: limitatamente ai temi) introdotti dalla difesa e tale termine non potrà in ogni caso essere superiore a sessanta giorni. In queste ipotesi, l'imputato ha la facoltà di ritornare sulle sue determinazioni e dunque di revocare la richiesta.
- È stato inoltre introdotto un nuovo comma, il co. 5-*bis*, a norma del quale con la richiesta presentata si sensi del co. 5, ossia con la richiesta di abbreviato condizionato, può essere proposta, subordinatamente al suo rigetto, la richiesta di abbreviato "secco", oppure quella di applicazione della pena si sensi dell'art. 444 c.p.p.
- Rilevante è il contenuto del nuovo co. 6 bis a norma del quale «la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano asso-

¹² In questo senso anche la Relazione nr. 56/2017 dell'ufficio del Massimario della Suprema Corte di cassazione, cit secondo cui «dai contenuti generali dei contributi è evincibile una lettura della regola del *tempus regit actum* che collega l'applicabilità della nuova disciplina alla data di emissione del provvedimento impugnabile, secondo i principi affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza "Lista": tutte le impugnazioni relative a pronunce emesse sotto il vigore del precedente regime impugnatorio dovranno essere decise sulla base della vecchia disciplina... In applicazione del principio di diritto affermato dalle Sez. U "Lista" occorre quindi fare riferimento al momento in cui è emessa la decisione impugnata; i provvedimenti emessi prima della entrata in vigore delle nuove norme continueranno ad essere impugnabili secondo le norme previgenti; le nuove disposizioni troveranno applicazione solo per i provvedimenti di archiviazione o per le sentenze di non luogo a procedere emessi dopo la entrata in vigore del nuovo testo normativo.»

lute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio. Essa preclude altresì ogni questione sulla competenza per territorio del giudice».

Con riferimento alla prima modifica introdotta (ossia il nuovo art. 438 co. 4 c.p.p.) essa segna la risposta che il legislatore ha voluto dare alla evidente disparità di posizioni in cui si trovano accusa e difesa, allorché la seconda deposita indagini difensive e chieda poi il rito abbreviato. Il caso disciplinato è infatti chiaro: all'udienza preliminare il difensore produce ex art. 391-*octies* c.p.p. il proprio fascicolo delle indagini difensive e, contestualmente, o in stretta successione temporale, formula richiesta di giudizio abbreviato; il giudice – ove sussistano i presupposti di legge – ammette il rito: è di tutta evidenza che in questi casi il p.m. finisce con l'esserne penalizzato, in quanto privato della facoltà di articolare la prova contraria.

Della questione è stata a più riprese interessata sia la Corte costituzionale che, senza mai adottare pronunce di incostituzionalità, ha suggerito ogni volta letture costituzionalmente orientate del sistema, sia la Corte di cassazione. E così la Corte costituzionale, con una serie di pronunce¹³, è giunta ad affermare che nel nuovo giudizio abbreviato riformato la parità delle parti è assicurata dal potere di integrazione probatoria, configurato come strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, con la conseguenza che al giudice si imporrebbe l'esercizio di tale potere proprio per assicurare il rispetto di quei valori, in funzione di riequilibrio del sistema. A ciascuna delle parti va dunque assicurato il diritto di esercitare il contraddittorio sulle prove prodotte “a sorpresa” dalla controparte, in modo da «contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio», anche attraverso differimenti delle udienze congrui rispetto «alle singole, concrete fattispecie»¹⁴. Dal suo canto, la Suprema Corte, nel fornire una lettura costituzionalmente orientata del sistema, ha sostenuto che le indagini difensive prodotte nel corso dell'udienza preliminare – e comunque prima della discussione finale del difensore interessato – e in ogni caso prima della richiesta di giudizio abbreviato¹⁵, entrano a far parte dello “stato degli atti” sui quali il giudice decide, anche se prodotte “a sorpresa” e ciò in ragione del consenso prestato dall'imputato; tuttavia il giudice, se richiesto, ha il potere di riequilibrare la posizione processua-

le del pubblico ministero, attraverso il differimento dell'udienza per consentire all'accusa lo svolgimento di indagini suppletive dirette a contrastare le risultanze probatorie¹⁶; e resta salvo, in ogni caso, il potere di intervento officioso in via integrativa (art. 441 co. 5 c.p.p.)¹⁷.

L'intervento del legislatore del 2017 recepisce i principi espressi dalle supreme Corti e disciplina dunque il caso in questione, attribuendo al p.m. il diritto alla controprova, non espressamente previsto ma in fatto riconosciuto adottando le interpretazioni costituzionalmente orientate sopra riportate; opportunamente attribuisce però all'imputato qualcosa in più, ossia il diritto di revocare la richiesta di rito abbreviato, diritto, questo, che in base all'orientamento della Suprema Corte, gli viene anche riconosciuto, ma solo quando e fino a quando non fosse già stato disposto con ordinanza il giudizio abbreviato¹⁸. Nel caso in esame, a ben vedere, vi è qualcosa in più in quanto la richiesta viene revocata, nonostante la pronuncia di ammissione del giudizio abbreviato, semplicemente in base alle nuove emergenze raccolte e senza che vi sia stata una modifica della imputazione conseguente all'istruttoria integrativa svolta dal p.m., unica situazione che consentiva in via eccezionale la revoca della richiesta di giudizio abbreviato già ammesso. Si tratta di una previsione che appare quanto mai opportuna, perché scongiura eventuali perplessità che l'imputato potrebbe avere nel richiedere il rito abbreviato subito dopo la produzione delle indagini difensive (nel timore che la sua linea difensiva possa venir neutralizzata dall'esercizio da parte del p.m. del diritto alla controprova) e rende così il rito abbreviato ancora appetibile per lui.

A fronte di questo quadro, sorge tuttavia qualche perplessità in relazione a quell'avverbio – “immediatamente” – che condiziona la richiesta del rito: viene cioè da chiedersi cosa accade se la richiesta non venga formulata immediatamente dopo il deposito delle indagini difensive, ma in un momento ad essa successivo, intermezzato eventualmente da altre attività:

¹⁶ Sez. III, Sent. n. 28708 del 09/06/2010 Ud. (dep. 21/07/2010) Rv. 248137; Sez. III, Sent. n. 15236 del 11/02/2009 Ud. (dep. 09/04/2009) Rv. 243382.

¹⁷ Sez. II, Sent. n. 9198 del 16/02/2017 Ud. (dep. 24/02/2017) Rv. 269344; Sez. VI, Sent. n. 31683 del 31/03/2008 Ud. (dep. 29/07/2008) Rv. 240779.

¹⁸ Sez. V, Sent. n. 21568 del 19/03/2015. In passato, prima della riforma del 1999, quando cioè vigeva ancora la necessità del parere del pubblico ministero all'instaurazione del rito abbreviato, l'orientamento era nel senso che la richiesta integrasse una vera e propria proposta e fosse come tale revocabile fino al momento in cui il pm avesse espresso il suo consenso; dal momento del consenso, dovendosi ritenere concluso l'accordo, non era più unilateralmente risolvibile. Una volta venuta meno la necessità del parere del p.m. si è ritenuto unanimemente che la richiesta di giudizio abbreviato possa essere revocata soltanto fino a che non abbia prodotto i propri effetti e cioè fino a quando non venga pronunciata da parte del giudice l'ordinanza di ammissione del rito.

¹³ Corte Cost., Sent. 24 giugno 2005 n. 245, Cass. pen. 2006, 435 con nota di Varraso; Giur. cost., 2005, 3382, con nota di Zacchè; Corte Cost., ord. 19 febbraio 2007 n. 62 Corte Cost., Sent. 22 giugno 2009, n.184, Cass. pen. 2009, 3691.

¹⁴ cfr A. ZIROLDI, *Giudizio abbreviato e indagini difensive: il contraddittorio imperfetto*, in *Processo penale e giustizia*, n. 1/2013.

¹⁵ Sez. IV, Sent. n. 51950 del 15/11/2016 Ud. (dep. 06/12/2016) Rv. 268694.

invero sembra preferibile dar luogo, anche in queste ipotesi, a quella scansione procedimentale fissata al comma 4 e ciò in base proprio ad un'interpretazione sistematica della normativa, recettiva delle letture costituzionalmente orientate che si sono evidenziate e che non distinguevano tra richieste formulate immediatamente e non.

Anche la modifica realizzata attraverso l'introduzione del co. 5-*bis* dell'art. 438 c.p.p., recepisce gli orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi sul punto. La premessa da cui occorre partire è che la richiesta di abbreviato incondizionata può essere proposta anche successivamente al rigetto di una richiesta condizionata: si tratta di una possibilità espressamente attribuita dal sesto comma dell'articolo 438 del codice procedura penale secondo cui in caso di rigetto la richiesta può essere riproposta fino a quando non sia spirato il termine generale per la presentazione della richiesta del rito. Di fatto e richiamandosi proprio alla facoltà normativamente prevista di riproporre la richiesta, si è andata affermando la prassi di presentare con un unico atto la richiesta di accesso all'abbreviato non condizionato subordinata ad altra richiesta principale, di abbreviato condizionato ma anche di patteggiamento della pena (rectius: di richiesta di applicazione concordata della pena). La prassi è nata soprattutto nell'ambito del giudizio immediato e nel procedimento per decreto nei quali la richiesta dei riti alternativi veniva presentata fuori udienza con atto scritto; essa si è poi progressivamente sviluppata anche nel rito richiesto in udienza preliminare, con l'avallo della Suprema Corte¹⁹, pur se non sono mancate – soprattutto in passato – pronunce contrarie, secondo le quali tra i due riti (abbreviato e patteggiamento) vi è un'ontologica incompatibilità che esclude la possibilità di richieste tra loro subordinate²⁰.

¹⁹ In questo senso Sez. 1, Sent. n. 1052 del 03/12/2008 Cc. (dep. 13/01/2009) Rv. 244062, secondo cui «Il giudice per le indagini preliminari, rigettata la richiesta di patteggiamento per incongruenza della pena, deve disporre l'udienza per lo svolgimento del giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in subordine all'applicazione di pena a seguito della notificazione del decreto di giudizio immediato» e di recente, Sez. II, Sent. n. 10462 del 08/01/2016 Ud. (dep. 14/03/2016) Rv. 266124 secondo cui «Qualora la richiesta di patteggiamento, formulata in via ordinaria e non a seguito di giudizio immediato, venga rigettata, non è preclusa all'imputato la possibilità che si proceda con giudizio abbreviato, sempre che la relativa istanza venga formulata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.»

²⁰ Sez. VI, Ordinanza n. 41120 del 28/10/2008 Cc. (dep. 04/11/2008) Rv. 241362, secondo cui: «In materia di giudizio abbreviato, sussiste incompatibilità fra tale rito e quello di applicazione della pena su richiesta delle parti quando il pubblico ministero abbia prestato il suo consenso alla richiesta di patteggiamento formulata dall'imputato ed il giudice l'abbia respinta ritenendo incongruo il trattamento sanzionatorio concordato dalle parti. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che dal momento in cui il P.M. aveva prestato il suo consenso alla richiesta di patteggiamento restava preclusa all'imputato la possibilità di accedere al rito abbreviato).»

L'orientamento della Corte è stato recepito dal legislatore del 2017, per cui l'unica ipotesi dubbia che oggi si può immaginare è quella in cui la parte non presenti contestualmente richieste tra loro subordinate, ma prima una e poi, una volta subito il rigetto, l'altra: in realtà in queste ipotesi sembra doversi ritenere che, finché non sono scattate le preclusioni, sia possibile avanzare la seconda richiesta subordinata anche se non presentata in precedenza.

Eguale anche il co. 6-*bis* (a norma del quale la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio) sembra recepire l'orientamento espresso dalla Suprema Corte.

Si legge nelle relazioni che «tale previsione aggiuntiva deriva dall'opportunità che l'imputato, optando per il giudizio abbreviato, accetti la validità degli atti compiuti nel procedimento sia la competenza del giudice; esigenze di economia processuale fanno quindi ritenere opportuna l'indicata sanatoria»²¹, anche se non sono mancate, nel corso dell'iter legislativo, voci dissonanti che hanno sottolineato come questa scelta apparisse incomprensibile – oltre che difficilmente giustificabile sul piano della tutela dei diritti della difesa per il suo carattere palesemente derogatorio dell'ordinario assetto processuale – e rischiasse inoltre di risultare fortemente disfunzionale sul piano applicativo, per il suo effetto disincentivante rispetto alle possibili richieste di giudizio abbreviato, con conseguente impatto negativo sul funzionamento delle strutture giudiziarie, che dipendono in misura significativa dall'effetto deflattivo derivante dall'uso di tale forma di rito speciale²².

La scelta che sottende l'adozione della disposizione in esame sembra recepire il diritto vivente.

Sul punto deve registrarsi come fosse ormai un principio consolidato della giurisprudenza quello secondo il quale le nullità assolute – per la cui individuazione occorre fare riferimento agli artt. 178 e 179 c.p.p. – non possono mai essere sanate dalla richiesta di giudizio abbreviato e che a queste situazioni – come ritenuto nella sentenza delle Sezioni Unite Tammaro e nelle più recenti sentenze della Corte che si sono uniformemente poste sul solco della prima²³ – va parificato anche il caso cd. di inutilizzabilità patologica, inerente, cioè, gli atti probatori assunti “*contra legem*”, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure inci-

²¹ Dossier n. 280 del 17 maggio 2017. Servizio Studio della Camera dei deputati.

²² Fascicolo Iter DDL S.2067, Servizio Studi del Senato, 3.7.2017.

²³ Di recente Sez. II, sent. n. 19483 del 16/04/2013 Ud. (dep. 07/05/2013) Rv. 256038.

dentali cautelari e quelle negoziali di merito²⁴.

Tali essendo gli approdi giurisprudenziali, la questione su cui occorre soffermarsi riguarda il concetto di inutilizzabilità non sanabile ed in particolare occorre chiedersi se l'inutilizzabilità patologica – cui è approdato il diritto vivente – coincida o no con l'inutilizzabilità per violazione di un divieto probatorio.

In altri termini, va verificato se “l'inutilizzabilità per violazione di un divieto probatorio” abbia o no una portata più ampia rispetto all'inutilizzabilità patologica di creazione dottrinarica e giurisprudenziale²⁵.

²⁴ Sez. U, sent. n. 16 del 21/06/2000 Ud. (dep. 30/06/2000) Rv. 216246 così massimata: Il giudizio abbreviato costituisce un procedimento “a prova contratta”, alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale sul rito, a mezzo del quale le parti accettano che la regudicanda sia definita all'udienza preliminare alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinunciano a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge invece nelle forme ordinarie del “dibattimento”. Tuttavia tale negozio processuale di tipo abdicativo può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma resta privo di negativa incidenza sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio. Ne consegue che in esso, mentre non rilevano né l'inutilizzabilità cosiddetta fisiologica della prova, cioè quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte “secundum legem”, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 cod. proc. pen., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 stesso codice (in quanto in tal caso il vizio-sanzione dell'atto probatorio è neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo), né le ipotesi di inutilizzabilità “relativa” stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale, va attribuita piena rilevanza alla categoria sanzionatoria dell'inutilizzabilità cosiddetta “patologica”, inerente, cioè, agli atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito. (Principio affermato con riguardo all'utilizzazione, nel giudizio abbreviato, di dichiarazioni autoindizianti rese da soggetto sentito in veste di persona informata dei fatti e in riferimento al testo degli artt. 438 e seguenti cod. proc. pen. vigente prima delle leggi n. 479 del 1999 e n. 144 del 2000, nella cui mutata disciplina la S.C. ha ritenuto che, pur persistendo l'obbligo del giudice di decidere nel merito senza tener conto del materiale probatorio affetto da vizi di nullità o inutilizzabilità, sussiste, tuttavia, il suo potere di assumere, anche di ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione nelle forme previste dall'art. 422 cod. proc. pen.)

²⁵ Si legge in V. TORREGGIANI, Il giudizio abbreviato dopo la riforma Orlando, in *ilpenalista*, Focus del 13 luglio 2017: «Per quanto riguarda l'individuazione delle inutilizzabilità derivanti da divieti probatori si dovrà fare riferimento, come detto, alle inutilizzabilità c.d. patologiche, cioè a quelle che colpiscono le prove assunte *contra legem*, ossia in violazione di un divieto probatorio posto a tutela di interessi processuali e extraprocessuali, dei diritti fondamentali della persona (come il diritto di difesa dell'imputato), o dei principi fondamentali dell'ordinamento (Cass. pen., Sez. II, 24 gennaio 2006, n. 4906). La categoria comprende tanto le prove oggettivamente vietate, quanto le prove formate o acqui-

È infatti evidente che se le due categorie coincidono può giovare – per individuare una possibile casistica – riportarsi alle pronunce adottate dalla Corte di cassazione; diversamente, tale richiamo diventerebbe inconfidente.

Qualora si ritenesse che le due categorie di inutilizzabilità coincidano, e senza pretese di esaustività, può allora immaginarsi che un possibile caso, oltre a oggetto della decisione delle sezioni Unite (le dichiarazioni autoindizianti rese da soggetto sentito in veste di persona informata dei fatti e più in generale le sommarie informazioni rese da un soggetto indagato), sia anche l'inutilizzabilità delle intercettazioni acquisite in violazione del divieto sancito dall'art. 270 cod. proc. pen.²⁶; o parimenti, si può pensare, in tema di intercettazioni, alla situazione di obiettiva incertezza sul luogo di effettivo svolgimento delle operazioni di registrazione, nonché sugli impianti concretamente utilizzati²⁷; alle dichiarazioni dell'indagato in stato di restrizione domiciliare cautelare rese nel corso dell'interrogatorio, delegato dal P.M. alla polizia giudiziaria, essendo suscettibili di delega i soli interrogatori di indagati che si trovino in stato di libertà²⁸.

Il co. 6-*bis* si chiude poi con un ulteriore inciso, in base al quale la richiesta di giudizio abbreviato preclude ogni questione sulla competenza per territorio del giudice.

In questo caso il legislatore non sembra aver recepito il diritto vivente, bensì l'orientamento più rigoroso, apparentemente non recepito dalle Sezioni Unite.

Con riferimento all'ammissibilità dell'eccezione di incompetenza territoriale avanzata dall'imputato che ha richiesto ed è stato ammesso al rito abbreviato, le S.U. della Corte di cassazione hanno infatti risolto il contrasto interpretativo che si era determinato, affermando che l'eccezione di incompetenza territoriale è proponibile “in limine” al giudizio abbreviato non preceduto dall'udienza preliminare, mentre, qualora il rito alternativo venga instaurato nella stessa udienza, l'incidente di competenza può essere sollevato,

site in violazione – o con modalità lesive – dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e, perciò, assoluti ed irrinunciabili, a prescindere dall'esistenza di un espresso o tacito divieto al loro impiego nel procedimento contenuto nella legge processuale (Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2006, n. 7664). I divieti che operano come regole di esclusione della prova (il giudice non può basare la decisione su detta prova) sono essenzialmente riferiti all'an dell'operazione probatoria (Cass. pen., Sez. VI, 8 ottobre 2008) anche se non mancano divieti probatori inerenti il quomodo, ovvero alle modalità di assunzione della prova (artt. 64, comma 2, e 188 c.p.p.); in quest'ultimo caso è sempre necessaria una previsione specifica dell'inutilizzabilità mentre in relazione ai primi la sanzione deriva dall'art. 191, comma 1, c.p.p.»

²⁶ Sez. V, sent. n. 542 del 15/11/2016 Ud. (dep. 05/01/2017) Rv. 269020.

²⁷ Sez. III, sent. n. 40209 del 13/05/2014 Ud. (dep. 29/09/201) Rv. 260424.

²⁸ Sez. III, sent. n. 25709 del 14/02/2011 Ud. (dep. 28/06/201) Rv. 250598.

sempre “in limine” a tale giudizio, solo se già proposto e rigettato in sede di udienza preliminare (Sez. U, n. 27996 del 29/03/2012 – dep. 13/07/2012, Forcellì, Rv. 252612). Ne deriva che ai sensi dell’art. 21 cod. proc. pen., allorché il giudizio abbreviato consegua a richiesta proposta ai sensi dell’art. 438 cod. proc. pen. dopo la ricezione dell’avviso di udienza preliminare o nel corso di tale udienza, l’incompetenza per territorio deve essere rilevata od eccepita, a pena di decadenza, prima della conclusione dell’udienza preliminare. Solo a tale condizione è possibile – effettuata l’opzione per il rito alternativo – la reiterazione dell’incidente di competenza²⁹.

Alla luce della riforma legislativa, sembra quindi doversi ritenere che la parte possa sempre eccepire in udienza preliminare l’incompetenza per territorio; tuttavia nel momento in cui avanza richiesta di rito abbreviato (e tale richiesta, per giurisprudenza costante, può essere avanzata fino alle conclusioni del “proprio” difensore) se in passato – in base ai principi affermati dalla Suprema Corte – poteva rinnovare l’eccezione, oggi, a seguito della riforma legislativa, tale questione gli è preclusa, avendo con la scelta adottata implicitamente rinunciato a farla valere.

La prima parte della disposizione normativa introdotta all’art. 438 co. 6-bis c.p.p. non si applica solo al giudizio abbreviato che venga chiesto in udienza preliminare.

Il legislatore ha infatti previsto che la norma in esame – *rectius* il primo periodo della norma in esame – trovi applicazione quando l’abbreviato venga chiesto a seguito di giudizio direttissimo (in questo senso la modifica apportata all’art. 452 c.p.p. attraverso il co. 45 dell’art. 1 l. 103/2017) o nei quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato (in questo senso la modifica apportata all’art. 458 co. 1 c.p.p., attraverso i commi 46 e 47 dell’art. 1 l. 103/2017, che tuttavia contiene una rilevante eccezione per quanto concerne la questione di incompetenza per territorio) o in sede di opposizione a decreto penale di condanna (in questo senso la modifica apportata all’art. 464 c.p.p., attraverso il co. 48 dell’art. 1 l. 103/2017): in altri termini, ogni qual volta venga formulata richiesta di giudizio abbreviato (e dunque non solo in udienza preliminare, ma anche a seguito di giudizio direttissimo, o di giudizio immediato, o in sede di opposizione a decreto penale di condanna) potranno solo essere rilevate e dedotte unicamente le nullità assolute e le inutilizzabilità per violazione di un divieto probatorio; per converso, tutte le altre nullità verranno sanate e tutti gli altri vizi di inutilizzabilità non potranno essere rilevati, così come – fatta eccezione per la richiesta avanzata a seguito di giudizio immediato - non po-

tranno essere eccepite le questioni sulla competenza territoriale.

Come si diceva, in questo quadro d’insieme l’unica ipotesi in cui il rinvio all’art. 438 co. 6-bis c.p.p. non è integrale riguarda la richiesta di giudizio abbreviato avanzata nei quindici giorni dalla notifica del giudizio immediato. Il legislatore ha infatti previsto all’art. 458 co.1 c.p.p. che «Si applicano le disposizioni di cui all’articolo 438, comma 6-bis. Con la richiesta l’imputato può eccepire l’incompetenza per territorio del giudice» ed ha di conseguenza modificato il comma 2 della disposizione in esame prevedendo che il giudice – in ogni caso e dunque a prescindere dal fatto che la richiesta sia ammissibile, come invece previsto nella disposizione previgente che conteneva in apertura l’inciso “se la richiesta è ammissibile”, oggi non più prevista – fissa con decreto l’udienza in camera di consiglio dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all’imputato, al difensore e alla persona offesa e stabilendo che qualora riconosca la propria incompetenza, il giudice la dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente.

È inevitabile chiedersi quale sia la ratio di fondo che ha spinto il legislatore a prevedere che solo nel caso di richiesta di giudizio abbreviato avanzata a seguito di immediato sia possibile eccepire l’incompetenza per territorio del giudice. Probabilmente l’intento del legislatore è quello di non precludere all’imputato, il cui procedimento a carico ha subito “il salto” dell’udienza preliminare, di sollevare un’eccezione che – se si fosse celebrata l’udienza preliminare – poteva essere fatta valere in quella sede (e sempre prima di avanzare la richiesta di abbreviato). Come giustamente si è osservato, se tale è stato l’intento del legislatore, appare però irragionevole non aver previsto questa stessa possibilità anche nel caso in cui venga proposta opposizione a decreto penale di condanna, che, come nel caso di trasformazione del rito da immediato ad abbreviato, non prevede, prima dell’emissione del decreto (di immediato o penale di condanna) la celebrazione un’udienza in cui la parte abbia la possibilità di eccepirlo³⁰.

²⁹ Sez. IV, sent. n. 45395 del 16/10/2013 Ud. (dep. 11/11/2013) Rv. 257561.

³⁰ M. GIALUZ, A. CABIALE E J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.penalecontemporaneo.it; nonché che così commenta l’omesso richiamo dell’art. 438 co. 6-bis c.p.p. nel caso di abbreviato chiesto a seguito di opposizione a decreto penale di condanna: «Ad avviso di chi scrive, ciò che sorprende non è tanto la scelta di inserire tale previsione in materia di giudizio immediato, in quanto in tal caso, mancando l’udienza preliminare, non vi è altro momento processuale in cui sollevare una tale eccezione, quanto la mancata estensione di tale previsione agli altri casi di abbreviato atipico», tra cui quello da opposizione a decreto penale.

Appare egualmente irragionevole – o frutto di una mera dimenticanza – non aver previsto che le ulteriori modifiche introdotte per la richiesta di rito abbreviato presentata in udienza preliminare si estendano, con le dovute eccezioni, anche alle richieste presentate a seguito di giudizio direttissimo, immediato o in sede di opposizione a decreto penale di condanna.

Non si comprende infatti per quale motivo non siano state normativamente previste richieste di riti subordinati ai sensi dell'art. 438 co. 5-*bis* c.p.p. anche nel caso in cui la richiesta di abbreviato venga presentata a seguito di immediato, trattandosi per altro dell'ipotesi da cui di fatto è nata la prassi, avallata dalla Suprema Corte, di avanzare richieste subordinate. Sotto questo profilo, non sembra vi siano ostacoli a richiamare – anche per queste ipotesi oltre che (quantomeno) per il caso in cui la richiesta di abbreviato incondizionato sia subordinato al rigetto di quello condizionato richiesto con l'opposizione a decreto penale di condanna³¹ – l'orientamento giurisprudenziale che ammette la richiesta di abbreviato incondizionato subordinata a quella di abbreviato condizionato e che, soprattutto di recente, non ritiene più incompatibili la richiesta di abbreviato e di patteggiamento ad esso subordinata: tuttavia aver previsto normativamente questa possibilità solo per l'abbreviato chiesto in udienza preliminare, senza averla estesa anche ai casi di trasformazione del rito sembra determinare una irragionevole disparità di trattamento.

Allo stesso modo suscita perplessità l'omesso richiamo all'art. 438 co. 4 c.p.p. nel caso di abbreviato chiesto a seguito di decreto di giudizio immediato o nell'ambito del procedimento per decreto o ancora a seguito di giudizio direttissimo, che – non diversamente dall'omesso richiamo quanto meno nel primo caso dell'art. 434 co. 5 c.p.p., sembra essere il frutto di una mera dimenticanza, piuttosto che di un volere contrario da parte del legislatore.

Infine la decisione.

Il legislatore – attraverso il co. 44 dell'art. 1 della l. 103/2017 – ha modificato l'art. 442 c.p.p. prevedendo al comma 2 che, in caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze continua ad essere diminuita di un terzo solo se si procede per un delitto; se invece si procede per una

³¹ Sez. IV, sent. n. 34151 del 07/06/2012 Ud. (dep. 06/09/2012) Rv. 253517, così massimata: «In tema di procedimento per decreto, qualora l'imputato abbia tempestivamente richiesto, con l'atto di opposizione a decreto penale di condanna, il giudizio abbreviato condizionato e l'istanza sia stata rigettata dal G.i.p., la richiesta di giudizio abbreviato semplice formulata all'udienza fissata, ai sensi dell'art. 464, comma primo, cod. proc. pen., non può considerarsi tardiva, a nulla rilevando che nell'atto di opposizione essa non sia stata avanzata neanche in via subordinata, in quanto il giudizio abbreviato condizionato e il giudizio abbreviato semplice sono espressioni che indicano non già due diversi riti alternativi, ma modalità differenziate del medesimo tipo di giudizio, che possono essere esplicitate nel corso della citata udienza.»

contravvenzione, essa è diminuita della metà. È stato quindi in parte modificato il regime di premialità per i reati meno gravi, nell'ottica di rendere più appetibile il ricorso al speciale ed assicurare così una maggiore deflazione dei procedimenti. Si tratta a ben vedere di un intervento dettato dalla necessità di incentivare la scelta del rito, ma esso appare forse troppo "timido": il legislatore avrebbe infatti potuto cogliere l'occasione della riforma per estendere la premialità della diminuzione della metà anche ai delitti meno gravi, in tal modo rendendo più appetibile la scelta³².

Anche in questo caso manca una norma transitoria, ed occorrerà far quindi riferimento, per i procedimenti pendenti, al principio del "*tempus regit actum*", in base al quale vanno applicate le regole sulla competenza vigenti al tempo in cui una determinata attività giurisdizionale deve essere compiuta.

1.3 Le modifiche al patteggiamento ed al procedimento per decreto

Rispetto a quanto previsto nel corso dell'iter legislativo, in cui le modifiche erano maggiori ed anche più significative³³, sono state alla fine approvate solo due modifiche che hanno riguardato il patteggiamento: una, realizzata inserendo il co. 1-*bis* all'art. 130 c.p.p. in tema di contenuto del fascicolo trasmesso dal pubblico ministero con la richiesta di rinvio a giudizio; l'altro, inserendo il nuovo co. 2-*bis* all'art. 448 c.p.p. in tema di provvedimenti del giudice.

Quanto invece al procedimento per decreto, oltre alla modifica dell'art. 464 c.p.p. già analizzata (in punto di opposizione con richiesta di giudizio abbreviato), il legislatore della novella è intervenuto introducendo un nuovo co. 1 bis all'art. 459 c.p.p. che disciplina i casi di procedimento per decreto.

³² In questo senso anche V. TORREGGIANI, *Il giudizio abbreviato dopo la riforma Orlando*, op. cit.

³³ G. SPANGHER, *La "riforma Orlando" sul processo penale*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, che così commenta il dato: «Un primo nucleo dell'intervento, connotato da una certa omogeneità, è sicuramente costituito dalla introduzione e dalla rimodulazione di alcune ipotesi di definizione anticipata del procedimento. Il riferimento si indirizza alla nuova ipotesi di estinzione del reato per condotte riparatorie, ma anche alla riscrittura dei riti del patteggiamento e del giudizio abbreviato, mentre risulta superata, per le forti resistenze emerse da più parti, per fondati motivi, l'ipotesi dell'introduzione della richiesta di condanna da parte dell'imputato. Al di là delle specifiche riserve sulle ricadute in punto di valore della confessione, dell'utilità dello strumento, ritenuto appetibile soprattutto per coloro che risultano "colpevoli" al di là di ogni ragionevole dubbio, delle incertezze sul raggio di operatività dello strumento, in relazione al fatto ovvero all'imputazione, all'ammissione parziale o per fatto diverso, all'indeterminatezza della premialità e della conseguente pena, proprio l'istituto in sé non era ritenuto adeguato alla dialettica processuale e al sistema della nostra giustizia, anche per le sue facili strumentalizzazioni o distorsioni. Il dato ha implicato il ripensamento delle modifiche che si volevano apportare al patteggiamento che – già interessato dalla modifica da parte della l. n. 69/2015 – è stato ricondotto di larga parte alla sua configurazione originaria.»

Il legislatore, al co. 49 dell'art. 1 della l. 103/2017, ha introdotto all'art. 130 c.p.p. il co. 1 bis, prevedendo che «Quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'articolo 619, comma 2.».

Si è dunque ritenuto di intervenire prevedendo – per il solo patteggiamento – una particolare procedura di correzione materiale, avallando una prassi giurisprudenziale che già da tempo ammette la procedura della correzione materiale nei casi in cui vi sia contrasto sulla misura della pena tra dispositivo della sentenza e verbale di udienza, nel quale è contenuto l'accordo delle parti³⁴.

È chiaro l'intento di soddisfare esigenze di speditezza processuale, altrimenti vanificate dalla necessità di impugnare il provvedimento, con dispendio di risorse e mezzi. È dunque possibile rimediare all'errore senza proporre impugnazione, ma avanzando direttamente l'istanza al giudice procedente, il quale per altro potrà procedere alla correzione anche d'ufficio.

A monte è tuttavia richiesto, quale presupposto che legittima la correzione, che vi sia stato un errore nella “denominazione” o nel “computo”, nel quale caso è possibile rettificare la specie e la quantità della pena; legittimato a provvedervi è il giudice che ha emesso il provvedimento (o, in caso di impugnazione la stessa Corte di cassazione che vi provvede senza pronunciare annullamento). Nell'uno come nell'altro caso il presupposto è che non sia indispensabile l'esercizio di poteri giurisdizionali di merito, e che si possa ovviare ad errori di diritto, insufficienze motivazionali o cadute di attenzione da parte del giudice, lasciando inalterato l'essenziale del contenuto decisorio.

La norma ricalca l'art. 619 co. 2 c.p.p. e per come è strutturata deve ritenersi che l'errore nella “denominazione” abbia comportato l'indicazione di una pena di “specie” diversa da quella legale (e sono questi sicuramente i casi in cui si sia indicato nel dispositivo reclusione, in luogo di arresto o multa in luogo di ammenda) e che, viceversa, l'errore nel “computo” abbia comportato l'indicazione di una “quantità” di pena differente (le parti hanno concordato la riduzione di un terzo per la concessione delle circostanze attenuanti generiche, e poi, nel procedere al calcolo della pena, ha ridotto la pena in misura maggiore o minore di un terzo).

Viene allora da chiedersi quali in concreto siano i casi in cui è possibile procedere alla correzione dell'er-

rore materiale e la risposta si può trarre dalla casistica che si è sviluppata in questi anni con riferimento all'art. 619 co. 2 c.p.p.

Sotto questo profilo, ed al di là dei casi di più agevole soluzione (per mero errore di calcolo la pena è stata indicata in misura inferiore a quella risultante da un calcolo corretto³⁵; o la pena riportata nel dispositivo dal giudice di merito non coincide con quella che risulti dall'accordo intercorso tra le parti³⁶) può quindi ritenersi emendabile con la procedura dell'art. 130 co. 1-bis c.p.p. l'errore del giudice del patteggiamento che, accolta la richieste delle parti cui era subordinata la concessione della sospensione condizionale della pena, abbia ommesso di disporre la sospensione (caso, questo, che già in giurisprudenza veniva ritenuto una mera omissione per dimenticanza, dal momento che altrimenti il giudice avrebbe rigettato la richiesta di pena³⁷); o la sentenza che, nel convertire la pena detentiva in quella pecuniaria corrispondente, abbia effettuato il ragguglio, erroneamente computando un ammontare di pena pecuniaria difforme dal quello previsto dalla legge³⁸; o abbia applicato una pena della reclusione inferiore al minimo di 15 giorni³⁹.

L'ulteriore modifica in tema di patteggiamento ha riguardato il rimedio impugnatorio ed essa va letta in uno alla precedente.

Il legislatore ha infatti voluto assicurare, da un lato, una procedura più agile di correzione dell'errore materiale, evitando ricorsi sul punto; dall'altro, tenuto conto che la sentenza di patteggiamento non è appellabile, salvo che dal p.m. in caso di dissenso, ha limitato la proponibilità del ricorso per cassazione consentendola, non più per tutte le ragioni di cui all'art. 606 c.p.p., bensì, a norma dell'art. 448 co. 2-bis c.p.p. – introdotto dalla novella con il co. 50 dell'art. 1 l. 103/2017 – «solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza».

Se in generale non sembra difficile ipotizzare quali siano i casi di difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza (dovendo ritenersi che in esso rientrano tutti quei casi in cui può procedersi alla correzione di errore materiale della sentenza che non corrisponde alla richiesta contenuta nel verbale) e ancora di illegalità della pena o della misura di sicurezza (anche in questo

³⁴ Sez. I, Sent. n. 14563 del 05/03/2008 Cc. (dep. 08/04/2008) Rv. 240119 e di recente Sez. IV, Sent. n. 17185 del 17/01/2017 Cc. (dep. 05/04/2017) Rv. 269604; Sez. II, Sent. n. 2214 del 06/11/2013 Cc. (dep. 20/01/2014) Rv. 258192.

³⁵ Sez. V, Sent. n. 44711 del 03/10/2003 Cc. (dep. 20/11/2003) Rv. 227014.

³⁶ Sez. IV, Sent. n. 17185 del 17/01/2017 Cc. (dep. 05/04/2017) Rv. 269604; Sez. II, Sent. n. 2214 del 06/11/2013 Cc. (dep. 20/01/2014) Rv. 258192.

³⁷ Sez. IV, Sent. n. 2332 del 12/01/1993 Ud. (dep. 10/03/1993) Rv. 193338.

³⁸ Sez. IV, Sent. n. 3023 del 23/05/2000 Cc. (dep. 12/06/2000) Rv. 216609.

³⁹ Sez. III, Sent. n. 13038 del 12/02/2003 Cc. (dep. 21/03/2003) Rv. 224064.

caso, dovendosi ritenere che essi coincidano con quelli che non possono essere oggetto di correzione materiale), e quali i casi di erronea qualificazione giuridica del fatto, crea forse qualche problema individuare i “motivi attinenti all’espressione della volontà dell’imputato” che, si è detto, coinciderebbe con i casi in cui l’accordo che non si è formato legittimamente⁴⁰, formula, questa, piuttosto vaga, che richiederà di essere riempita di contenuti concreti.

Sotto questo profilo, una possibile casistica può trarsi dalle pronunce della Suprema Corte nelle quali è stato ritenuto invalido l’accordo raggiunto: è questo il caso dell’imputato incapace di intendere e volere⁴¹, ma non può escludersi che possano ritenersi invalide le richieste avanzate dal difensore privo di procura speciale o munito di procura invalida⁴² o da imputato la cui volontà è stata coartata; mentre suscita quale perplessità annoverare nelle ipotesi possibili il caso dell’imputato di cui non si è raccolta a verbale la richiesta di sospensione condizionale della pena, a meno che la prova dell’omissione del dato non si tragga da elementi certi ed indubbi.

È evidente, in ogni caso, l’intento del legislatore: rafforzare la scelta concordata tra le parti, limitando al massimo, e solo per i casi che già nella prassi giurisprudenziale, rendono il ricorso ammissibile, l’impugnazione in cassazione.

Con riferimento (e solo con riferimento) al patteggiamento, ed in particolare in tema di ricorribilità della sentenza di applicazione della pena richiesta dalle parti, è stata prevista una disposizione di carattere intertemporale.

A norma dell’art. 1, co. 51 della legge 103 del 2017, «Le disposizioni del comma 2-bis dell’articolo 448 del codice di procedura penale, introdotto dal comma 50, non si applicano nei procedimenti nei quali la richiesta di applicazione della pena ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale è stata presentata anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge».

La disposizione in esame appare chiara. Per quanto attiene la ricorribilità in cassazione della sentenza di patteggiamento, è la richiesta di applicazione pena che segna il limite per l’applicazione della nuova normativa: se essa è stata già chiesta, ed anche se il pm non si è ancora espresso e dunque il negozio non si è ancora formato, non potrà poi trovare applicazione la nuova normativa; se la richiesta non è stata ancora avanzata, la normativa potrà trovare applicazione.

⁴⁰ M. GIALUZ, A. CABIALE E J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.penalecontemporaneo.it

⁴¹ Sez. VI, n. 7530 del 24/02/2016 (ud 21/01/2016) sulla scia di Sez. VI, Sent. n. 2823 del 26/03/1998 (Ud 20/02/1998 n. 216).

⁴² In questo senso, L. IANNONE, *Le novità introdotte dalla l. 103/2017 per impugnare e correggere la sentenza di patteggiamento, in ilpenalista, focus del 27 luglio 2017*.

La norma transitoria è stata prevista solo in relazione al ricorso in cassazione (ed ai limiti dello stesso), non anche per la procedura di correzione dell’errore materiale. Ne deriva, pertanto, che la rettificazione della sentenza ex art. 130-bis c.p.p. sottostà al principio del tempus regit actum ed è pertanto applicabile a tutti i procedimenti pendenti⁴³.

Una volta proposto, dal pubblico ministero o dall’imputato, il ricorso in cassazione, l’eventuale sua inammissibilità, a norma del co. 5-bis dell’art. 610 c.p.p. – novella inserita dal legislatore del 2017 – verrà dichiarata dalla Corte senza formalità di procedura e contro tale provvedimento è ammesso il ricorso straordinario da rivolgere alla stessa Corte a norma dell’art. 625-bis c.p.p.

Chiude il cerchio delle riforme sui riti speciali, la modifica nell’ambito del procedimento per decreto dell’art. 459 c.p.p.

Al di là delle considerazioni sopra espresse – ed a cui si rinvia – in ordine all’omesso richiamo delle disposizioni novellate di cui agli artt. 438 co. 4, 5 e 6-bis c.p.p. in caso di abbreviato richiesto a seguito di opposizione a decreto penale di condanna, il legislatore è intervenuto sul procedimento per decreto introducendo al co. 53 dell’art. 1 cit, un nuovo comma, il co. 1 bis, che così recita: «Nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, il giudice, per determinare l’ammontare della pena pecuniaria, individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l’imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella determinazione dell’ammontare di cui al periodo precedente il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell’imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare (n.d.r. 225 euro). Alla pena pecuniaria irrogata in sostituzione della pena detentiva si applica l’articolo 133-ter del codice penale».

La norma in esame ricalca il contenuto dell’art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (nella parte in cui prevede che: “Nella determinazione dell’ammontare di cui al precedente periodo il giudice tiene conto

⁴³ In questo senso anche le linee guida della Prima Presidenza della Corte Suprema di Cassazione del 28 luglio 2017, nonché la Relazione nr. 56/2017 dell’ufficio del Massimario della Suprema Corte di cassazione, cit secondo cui «Con riferimento al novellato art. 130, comma 1-bis, cod. proc. pen. non è stata prevista alcuna disciplina transitoria e, quindi, si pone la questione di verificarne l’immediata applicabilità ai giudizi pendenti in cassazione. La risposta dovrebbe essere positiva; la questione attiene all’ampiezza del potere di correzione del giudice e quindi non pare riconducibile al “regime delle impugnazioni”, nel senso indicato dalla sentenza delle Sezioni unite “Lista”; ciò dovrebbe condurre a non fare riferimento al principio secondo cui la norma sopravvenuta dovrebbe trovare applicazione solo ai provvedimenti emessi successivamente alla sua entrata in vigore».

della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare") e quindi non costituisce una rilevante novità.

Tuttavia – ed in ciò un dato su cui riflettere – è scomparsa, nel corso dell'iter legislativo, la modifica anche dell'art. 135 c.p.p. (l'art. 25 (Modifica al codice penale in materia di ragguaglio delle pene), comma 1 così recitava: «euro 250, o frazione di euro 250» sono sostituite dalle seguenti: «euro 75 o frazione di euro 75») ed è rimasta solo la disposizione che ha introdotto il co. 1-bis all'art. 459 c.p.p., senza tuttavia una disciplina intertemporale.

Non avere modificato l'art. 135 c.p.p. è stato frutto di una scelta politica, ed essa è probabilmente connessa alla necessità di evitare un sovraffollamento carcerario connesso ai casi di (ri)conversione delle pene pecuniarie non pagate in pena detentiva, fenomeno questo molto frequente in passato, quando il valore di conversione era più basso di 250 euro e si procedeva molto spesso alla conversione della pena detentiva in pena pecuniaria, che puntualmente non veniva onorata. Quanto alla mancanza di disposizioni di carattere intertemporale, a ben vedere il legislatore della novella ha previsto pochissime norme di questo tipo: nel caso dei riti speciali, lo fa in realtà solo per il patteggiamento e più specificatamente solo per i ricorsi proposti avverso la sentenza di patteggiamento e dunque non con riferimento a tutte le altre disposizioni, compresa quella inerente il procedimento per decreto, per le quali – trattandosi di disposizioni processuali – vale il principio del *tempus regit actum*.

2. Cosa cambia nella motivazione della sentenza

Il legislatore, al co. 52 dell'art. 1 della l. 103/2017, è intervenuto modificando l'art. 546 c.p.p. (*Requisiti della sentenza*), in particolare riscrivendone la lettera e), ossia la disposizione che disciplina il contenuto motivazionale della sentenza.

Il raffronto tra la vecchia e la nuova lettera e) e dunque un'interpretazione letterale della nuova disposizione, restituisce al lettore lo sforzo compiuto dal legislatore di mediare tra un'indicazione ampia degli elementi costitutivi della motivazione, che aveva in sé il rischio di essere troppo generica e vaga e dunque scarsa di significato, ed un'indicazione puntuale degli elementi imprescindibili di essa, che tuttavia non imbrigliasse il percorso motivazionale in canoni precostituiti, con il rischio, egualmente pericoloso, di intaccare l'autonomia, nell'esposizione dei fatti fondanti il singolo giudizio, riconosciuta al giudice.

Rimane dunque nella nuova lettera e) la parte relativa alla “concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata”, nonché l'indicazione della “enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie”, ma

viene inserito un elemento nuovo ossia “l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati” e viene specificato che l'analisi complessiva di tutti i suindicati elementi va compiuta “con riguardo:

- 1) all'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica;
- 2) alla punibilità e alla determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'articolo 533, e della misura di sicurezza;
- 3) alla responsabilità civile derivante dal reato;
- 4) all'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali;”

La sentenza è uno strumento straordinario che consente – *rectius*: impone – al giudice di illustrare le ragioni che hanno fondato la decisione raggiunta, attraverso un percorso motivazionale riportato in un testo scritto, che è rivolto ad una pluralità di soggetti: in primis, le parti processuali; quindi i giudici dell'impugnazione; infine i cittadini tutti.

È dunque evidente che più la sentenza è chiara, completa, precisa ed organica, più il lettore (sia esso la parte processuale; il giudice dell'impugnazione; più in generale il cittadino) è in grado di comprendere quale sia stato il ragionamento seguito dal giudice.

In altri termini – e soffermandosi solo sull'incidenza che la sentenza ha nel giudizio – una sentenza chiara consente al giudice di spiegare qual è stato il ragionamento seguito in camera di consiglio, all'esito della quale ha dato lettura del dispositivo adottato e permette alle parti processuali di comprenderlo e di sindacarlo; più il percorso motivazionale seguito è illustrato in modo chiaro e completo, più quel lettore ne comprende i passaggi e può adeguatamente sindacarli nel ricorso che andrà a proporre; chi leggerà a sua volta quel ricorso sarà agevolato se potrà comprendere quali sono le ragioni di doglianza e potrà (e dovrà) restituire un testo scritto che riproduca a sua volta in modo chiaro e comprensibile il ragionamento seguito nell'adottare la decisione finale assunta, in una catena che sarà tanto più lunga, quanto maggiori saranno i gradi di giudizio.

È dunque evidente che la sentenza, approdo finale del giudizio, è a sua volta la base per i successivi gradi del processo e come ogni base più sarà solida e granitica, più assicurerà solidità ai successivi gradi di giudizio.

Di qui la necessità di intervenire normativamente su quel prezioso strumento di cui è dotato il giudice e che è appunto la sentenza, senza con ciò limitarne il costruito o imbrigliare la motivazione in tracciati angusti.

Il legislatore lo ha fatto indicando in sintesi i punti che ogni sentenza deve imprescindibilmente contenere, lasciando il giudice autonomo nell'articolare il testo secondo il metodo a lui più consono e questo in

ossequio alla regola generale per la quale, se è pur vero che la capacità di scrittura è una dote individuale, è altrettanto indubbio che possano essere fissati per la stesura del testo dei criteri oggettivi da seguire, che varieranno in ragione della natura e delle caratteristiche dello scritto da elaborare.

Appare allora chiaro che i punti indicati dal legislatore altro non sono che gli elementi essenziali del giudizio e della decisione adottata ed essi sembrano doversi riferire tanto alle sentenze adottate a seguito di rito ordinario, quanto alle sentenze adottate con rito abbreviato, non anche alle sentenze adottate a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti, rispetto alle quali continuano a valere i diversi criteri fissati dal legislatore all'art. 444 c.p.p.

Non cambia a ben vedere il nucleo centrale della motivazione, che, tanto prima, quanto adesso, deve contenere “la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata”. Dopo l'indicazione degli altri requisiti di cui alle lettere da a) a d), la sentenza dovrà dunque (continuare ad) illustrare, da un lato, i “motivi in fatto”; dall'altro, i “motivi di diritto”. Deve convenirsi dunque sul fatto che «Risulta così confermata l'importante indicazione di metodo, ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità, in forza della quale l'onere di motivazione della sentenza può ritenersi esaurientemente adempiuto anche con una succinta esposizione dei motivi di fatto e di diritto che la sorreggono»⁴⁴.

Per altro la sinteticità della motivazione, lungi dall'essere valutata come un elemento negativo, viene valorizzata e auspicata anche nelle linee guida adottate di recente dal Consiglio Superiore della Magistratura⁴⁵, in cui si precisa come «con specifico riferimento alle modalità formali di esercizio dell'attività giudiziaria (e difensiva) penale, il Consiglio ritiene pertanto di formulare le seguenti linee guida, ispirate al principio per cui la redazione degli atti e dei provvedimenti deve essere improntata alla sinteticità e alla chiarezza...», ribadendosi che «non può negarsi che la sinteticità e la chiarezza espositiva degli atti del giudice e di quelli delle parti agevolino il dialogo tra i protagonisti del processo e possano contribuire ad assicurare ai cittadini una giustizia di qualità superiore, per tempi di definizione e comprensibilità del prodotto giudiziario» e richiamandosi quanto affermato dal Primo Presidente della Corte di cassazione nei decreti (n. 68 e 136) adottati neanche un anno fa, in cui si è affermato che «la tecnica di redazione di sentenza in forma sintetica, anche mediante motivazione semplificata», oltre a perseguire finalità di trasparenza e di maggiore efficienza, costituisce «uno degli indici della capacità di sintesi

del magistrato nella redazione dei provvedimenti giudiziari» da tenere in considerazione nelle valutazioni di professionalità”.

Nei due nuclei di cui la motivazione si compone (quello in fatto e quello di diritto) non andranno più elencate le prove poste a base della decisione, ma (ed in questo un elemento di novità) “i risultati acquisiti ed i criteri di valutazione della prova adottati”. Si è così recitato l'orientamento della Suprema Corte che censura come motivazione apparente quel provvedimento che si limita ad elencare acriticamente le prove della colpevolezza dell'imputato, senza valutarle criticamente o argomentare in merito⁴⁶.

Quanto all'elemento di nuovo inserimento (“i risultati acquisiti ed i criteri di valutazione della prova adottati”), esso è una novità sostanzialmente apparente, in quanto ricalca l'art. 192 co. 1 c.p.p. («Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati») e risponde quindi al principio generale secondo cui il libero convincimento del giudice non può prescindere dall'obbligo, che su questi grava, di ricostruire, nella motivazione, quel percorso logico conoscitivo in base al quale è pervenuto a determinate conclusioni.

Conformemente al passato, andranno inoltre enunciate le ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie: è quanto deve accadere nel caso di condanna, che andrà pronunciata solo se la colpevolezza dell'imputato risulti “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

La novità ulteriore riguarda il contenuto delle suddette indicazioni, che dovranno riguardare:

- 1) “l'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e la loro qualificazione giuridica;”: è chiaro l'intento del legislatore di richiedere una motivazione accurata che investa non solo la ricostruzione del fatto storico in sé, ma anche la sua riconducibilità alla fattispecie di reato contestato, che andrà analizzato in tutti i suoi elementi costitutivi, comprese le eventuali circostanze contestate.
- 2) “la punibilità e la determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal co. 2 dell'art. 533, e della misura di sicurezza;”: quanto alla punibilità, si richiede uno sforzo motivazionale in più in ordine alla sussistenza delle condizioni di punibilità, sia con riferimento alla persona imputata (e dunque capacità di intendere e di volere), che in relazione al fatto di reato contestatogli (in questo senso, sarà necessario per esempio motivare sulla sussistenza o meno della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.). Con riferimento alla determinazione della pena, il giudice dovrà puntualmente indicare i parame-

⁴⁴ Cfr A. BASSI, *Come cambia la motivazione della sentenza con la Riforma Orlando*, in *ilpenalista*, focus del 12 luglio 2017.

⁴⁵ Il riferimento è alla delibera del 5.7.2017 del CSM contenente le *Linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti*.

⁴⁶ Cfr Sez III, Sent. n. 49168 del 14.12.2015 (ud 13.10.2015 n. 3353) Rv 265322.

tri seguiti nell'irrogazione di essa, sia indicando gli elementi sulla scorta dei quali ha individuato una data pena base, sia precisando, singolarmente, tutti gli aumenti (o le diminuzioni) applicate (criterio, questo, sicuramente da osservare nei casi di reato continuato⁴⁷). Parimenti si richiede una motivazione accurata anche nel caso in cui venga applicata una misura di sicurezza, nella quale andranno evidenziati i presupposti che ne hanno determinato l'irrogazione.

- 3) “la responsabilità civile derivante dal reato;”: è questo un elemento di novità che richiede uno sforzo motivazionale ulteriore, soprattutto se la condanna riguarderà non solo l'*an debeat*, ma anche il quantum, e che, come opportunamente è stato osservato, spingerà probabilmente il giudice penale ad adottare condanne generiche, lasciando al giudice civile, ed alle sue competenze sul punto, la quantificazione del danno⁴⁸.
- 4) “l'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali”: si tratta a ben vedere di una formula di non immediata comprensione, a meno di non pensare che con la stessa si voglia far riferimento a quelle ipotesi in cui – come per esempio nei casi di sentenza di proscioglimento per il positivo superamento della messa alla prova o per morte del reo o per remissione di querela o per intervenuto pagamento dell'oblazione – occorrerà dar conto dei fatti che le sottendono (lo svolgimento della messa alla prova e l'esito positivo della stessa; l'attestazione del decesso del reo; la remissione della querela e la conseguente accettazione; l'intervenuto pagamento dell'oblazione); o, per esempio, a quei casi in cui vengano utilizzate ai fini di prova le dichiarazioni rese in corso di indagini da un testimone, che le abbia poi ritrattate a dibattimento, quando si è accertato che la sua volontà è stata coartata.

Così ricostruita la portata della novella, appare utile ricordare, condividendosene il contenuto, quanto affermato dal Consiglio Superiore della Magistratura a commento della nuova lettera e) dell'art. 546 c.p.p. e che vede già impegnati, oltre al CSM, la Scuola Superiore della Magistratura, con le relative strutture di formazione territoriale per la predisposizione di modelli di redazione comuni che rispondano alle finalità descritte: «...tale disposizione richiede che l'esposizione deve essere “concisa”. La concisione si coniuga necessariamente con la completezza della motivazione, con la sua fedeltà ai dati probatori, con la sua logicità. Requisiti tutti che formano un valore complessivo inestimabile: la stabilità della decisione. In altri termini,

concisione, chiarezza, sinteticità, essenzialità, proporzionalità, adeguatezza costituiscono il DNA della motivazione [del ragionamento probatorio soprattutto] dei provvedimenti del giudice del terzo millennio. Sulla scorta delle considerazioni che precedono il Consiglio avverte l'esigenza di formulare delle linee guida volte all'implementazione di modelli di motivazione che, in conformità con il dato legislativo, possano contribuire a prospettare una modalità di redazione dei provvedimenti più moderna e, a sua volta, funzionale a innervare un circolo virtuoso caratterizzato da una migliore redazione degli atti di impugnazione e una maggiore efficacia della attività di spoglio da parte del giudice dell'impugnazione.»⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. sul punto anche A. BASSI, *Come cambia la motivazione della sentenza con la Riforma Orlando*, op. cit.

⁴⁸ A. BASSI, *Come cambia la motivazione della sentenza con la Riforma Orlando*, op. cit.

⁴⁹ Delibera del 5.7.2017 del CSM contenente le *Linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti*.

3. Norme di riferimento

Vecchio testo

Nuovo testo

Vecchio testo	Nuovo testo
<p>Art. 428 c.p.p. (Impugnazione della sentenza di non luogo a procedere)</p> <p>1. Contro la sentenza di non luogo a procedere possono proporre ricorso per cassazione:</p> <p>a) il procuratore della Repubblica e il procuratore generale;</p> <p>b) l'imputato, salvo che con la sentenza sia stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso.</p> <p>2. La persona offesa può proporre ricorso per cassazione nei soli casi di nullità previsti dall'articolo 419, comma 7.</p> <p>7. La persona offesa costituita parte civile può proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 606.</p> <p>3. Sull'impugnazione decide la Corte di cassazione in camera di consiglio con le forme previste dall'articolo 127.</p>	<p>Art. 428 c.p.p. (Impugnazione della sentenza di non luogo a procedere)</p> <p>1. Contro la sentenza di non luogo a procedere possono proporre appello:</p> <p>a) il procuratore della Repubblica e il procuratore generale;</p> <p>b) l'imputato, salvo che con la sentenza sia stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso.</p> <p>2. La persona offesa può proporre ricorso per cassazione nei soli casi di nullità previsti dall'articolo 419, comma 7.</p> <p>3. Sull'impugnazione la corte di appello decide in camera di consiglio con le forme previste dall'articolo 127. In caso di appello del pubblico ministero, la corte, se non conferma la sentenza, pronuncia decreto che dispone il giudizio, formando il fascicolo per il dibattimento secondo le disposizioni degli articoli 429 e 431, o sentenza di non luogo a procedere con formula meno favorevole all'imputato. In caso di appello dell'imputato, la corte, se non conferma la sentenza, pronuncia sentenza di non luogo a procedere con formula più favorevole all'imputato.</p> <p><i>3-bis.</i> Contro la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in grado di appello possono ricorrere per cassazione l'imputato e il procuratore generale solo per i motivi di cui alle lettere <i>a)</i>, <i>b)</i> e <i>c)</i> del comma 1 dell'articolo 606.</p> <p><i>3-ter.</i> Sull'impugnazione la corte di cassazione decide in camera di consiglio con le forme previste dall'articolo 611».</p>

Art. 438. Presupposti del giudizio abbreviato.

1. L'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, salve le disposizioni di cui al comma 5 del presente articolo e all'articolo 441, comma 5.
2. La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422.
3. La volontà dell'imputato è espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3.
4. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato.

5. L'imputato, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1-bis, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'articolo 423.

6. In caso di rigetto ai sensi del comma 5, la richiesta può essere riproposta fino al termine previsto dal comma 2.

Art. 438. Presupposti del giudizio abbreviato.

1. L'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, salve le disposizioni di cui al comma 5 del presente articolo e all'articolo 441, comma 5.
2. La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422.
3. La volontà dell'imputato è espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3.

4. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato. Quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice provvede solo dopo che sia decorso il termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa. In tal caso, l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta

5. L'imputato, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1-bis, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'articolo 423.

5-bis. Con la richiesta presentata ai sensi del comma 5 può essere proposta, subordinatamente al suo rigetto, la richiesta di cui al comma 1, oppure quella di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444

6. In caso di rigetto ai sensi del comma 5, la richiesta può essere riproposta fino al termine previsto dal comma 2.

«6-bis. La richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevanza delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio. Essa preclude altresì ogni questione sulla competenza per territorio del giudice».

<p>Art. 442. Decisione.</p> <p>1. Terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli articoli 529 e seguenti.</p> <p>1-bis. Ai fini della deliberazione il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'articolo 416, comma 2, la documentazione di cui all'articolo 419, comma 3, e le prove assunte nell'udienza.</p> <p>2. In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita di un terzo. Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo.</p> <p>3. La sentenza è notificata all'imputato che non sia comparso.</p> <p>4. Si applica la disposizione dell'articolo 426 comma 2.</p>	<p>Art. 442. Decisione.</p> <p>1. Terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli articoli 529 e seguenti.</p> <p>1-bis. Ai fini della deliberazione il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'articolo 416, comma 2, la documentazione di cui all'articolo 419, comma 3, e le prove assunte nell'udienza.</p> <p>2. In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto. Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo.</p> <p>3. La sentenza è notificata all'imputato che non sia comparso.</p> <p>4. Si applica la disposizione dell'articolo 426 comma 2.</p>
<p>Art. 452. Trasformazione del rito.</p> <p>1. Se il giudizio direttissimo risulta promosso fuori dei casi previsti dall'articolo 449, il giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero.</p> <p>2. Se l'imputato chiede il giudizio abbreviato, il giudice, prima che sia dichiarato aperto il dibattimento, dispone con ordinanza la prosecuzione del giudizio con il rito abbreviato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-bis, 442 e 443; nel caso di cui all'articolo 441-bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio direttissimo.</p>	<p>Art. 452. Trasformazione del rito.</p> <p>1. Se il giudizio direttissimo risulta promosso fuori dei casi previsti dall'articolo 449, il giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero.</p> <p>2. Se l'imputato chiede il giudizio abbreviato, il giudice, prima che sia dichiarato aperto il dibattimento, dispone con ordinanza la prosecuzione del giudizio con il rito abbreviato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-bis, 442 e 443; si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 438, comma 6-bis; nel caso di cui all'articolo 441-bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio direttissimo.</p>
<p>Art. 458. Richiesta di giudizio abbreviato.</p> <p>1. L'imputato, a pena di decadenza, può chiedere il giudizio abbreviato depositando nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari la richiesta, con la prova della avvenuta notifica al pubblico ministero, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato. <i>[Il pubblico ministero ha il termine di cinque giorni dalla notificazione della richiesta per esprimere il proprio consenso.]</i> <i>(Periodo soppresso dall'art. 36, Legge 16 dicembre 1999, n. 479)</i></p> <p>2. Se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato, al difensore e alla persona offesa. Nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-bis, 442 e 443; nel caso di cui all'articolo 441-bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato.</p> <p>3. Le disposizioni del presente articolo non si applicano quando il giudizio immediato è stato richiesto dall'imputato a norma dell'articolo 419 comma 5.</p>	<p>Art. 458. Richiesta di giudizio abbreviato.</p> <p>1. L'imputato, a pena di decadenza, può chiedere il giudizio abbreviato depositando nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari la richiesta, con la prova della avvenuta notifica al pubblico ministero, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato. <i>[Il pubblico ministero ha il termine di cinque giorni dalla notificazione della richiesta per esprimere il proprio consenso.]</i> Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 438, comma 6-bis. Con la richiesta l'imputato può eccepire l'incompetenza per territorio del giudice.</p> <p>2. Il giudice fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato, al difensore e alla persona offesa. Qualora riconosca la propria incompetenza, il giudice la dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente. Nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-bis, 442 e 443; nel caso di cui all'articolo 441-bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato.</p> <p>3. Le disposizioni del presente articolo non si applicano quando il giudizio immediato è stato richiesto dall'imputato a norma dell'articolo 419 comma 5.</p>

Art. 464. Giudizio conseguente all'opposizione.

1. Se l'opponente ha chiesto il giudizio immediato, il giudice emette decreto a norma dell'articolo 456, commi 1, 3 e 5. Se l'opponente ha chiesto il giudizio abbreviato, il giudice fissa con decreto l'udienza dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato, al difensore e alla persona offesa; nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-bis, 442 e 443; nel caso di cui all'articolo 441-bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio conseguente all'opposizione. Se l'opponente ha chiesto l'applicazione della pena a norma dell'articolo 444, il giudice fissa con decreto un termine entro il quale il pubblico ministero deve esprimere il consenso, disponendo che la richiesta e il decreto siano notificati al pubblico ministero a cura dell'opponente. Ove il pubblico ministero non abbia espresso il consenso nel termine stabilito ovvero l'imputato non abbia formulato nell'atto di opposizione alcuna richiesta, il giudice emette decreto di giudizio immediato.

2. Il giudice, se è presentata domanda di oblazione contestuale all'opposizione, decide sulla domanda stessa prima di emettere i provvedimenti a norma del comma 1.

3. Nel giudizio conseguente all'opposizione, l'imputato non può chiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena su richiesta, né presentare domanda di oblazione. In ogni caso, il giudice revoca il decreto penale di condanna.

4. Il giudice può applicare in ogni caso una pena anche diversa e più grave di quella fissata nel decreto di condanna e revocare i benefici già concessi.

5. Con la sentenza che proscioglie l'imputato perché il fatto non sussiste, non è previsto dalla legge come reato ovvero è commesso in presenza di una causa di giustificazione, il giudice revoca il decreto di condanna anche nei confronti degli imputati dello stesso reato che non hanno proposto opposizione.

Art. 464. Giudizio conseguente all'opposizione.

1. Se l'opponente ha chiesto il giudizio immediato, il giudice emette decreto a norma dell'articolo 456, commi 1, 3 e 5. Se l'opponente ha chiesto il giudizio abbreviato, il giudice fissa con decreto l'udienza dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato, al difensore e alla persona offesa; nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-bis, 442 e 443; **si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 438, comma 6-bis** nel caso di cui all'articolo 441-bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio conseguente all'opposizione. Se l'opponente ha chiesto l'applicazione della pena a norma dell'articolo 444, il giudice fissa con decreto un termine entro il quale il pubblico ministero deve esprimere il consenso, disponendo che la richiesta e il decreto siano notificati al pubblico ministero a cura dell'opponente. Ove il pubblico ministero non abbia espresso il consenso nel termine stabilito ovvero l'imputato non abbia formulato nell'atto di opposizione alcuna richiesta, il giudice emette decreto di giudizio immediato.

2. Il giudice, se è presentata domanda di oblazione contestuale all'opposizione, decide sulla domanda stessa prima di emettere i provvedimenti a norma del comma 1.

3. Nel giudizio conseguente all'opposizione, l'imputato non può chiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena su richiesta, né presentare domanda di oblazione. In ogni caso, il giudice revoca il decreto penale di condanna.

4. Il giudice può applicare in ogni caso una pena anche diversa e più grave di quella fissata nel decreto di condanna e revocare i benefici già concessi.

5. Con la sentenza che proscioglie l'imputato perché il fatto non sussiste, non è previsto dalla legge come reato ovvero è commesso in presenza di una causa di giustificazione, il giudice revoca il decreto di condanna anche nei confronti degli imputati dello stesso reato che non hanno proposto opposizione.

Art. 130. Contenuto del fascicolo trasmesso dal pubblico ministero con la richiesta di rinvio a giudizio

1. Se gli atti di indagine preliminare riguardano più persone o più imputazioni, il pubblico ministero forma il fascicolo previsto dall'articolo 416 comma 2 del codice, inserendovi gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale.

2. In ogni caso il pubblico ministero può, a fini di indagine, trattenere copia della documentazione e degli atti trasmessi al giudice

Art. 130. Contenuto del fascicolo trasmesso dal pubblico ministero con la richiesta di rinvio a giudizio

1. Se gli atti di indagine preliminare riguardano più persone o più imputazioni, il pubblico ministero forma il fascicolo previsto dall'articolo 416 comma 2 del codice, inserendovi gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale.

1-bis. Quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'articolo 619, comma 2.

2. In ogni caso il pubblico ministero può, a fini di indagine, trattenere copia della documentazione e degli atti trasmessi al giudice

Art. 448. Provvedimenti del giudice.

1. Nell'udienza prevista dall'articolo 447, nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice, se ricorrono le condizioni per accogliere la richiesta prevista dall'articolo 444, comma 1, pronuncia immediatamente sentenza. Nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, pronuncia immediatamente sentenza. La richiesta non è ulteriormente rinnovabile dinanzi ad altro giudice. Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero o il rigetto della richiesta.

2. In caso di dissenso, il pubblico ministero può proporre appello; negli altri casi la sentenza è inappellabile.

3. Quando la sentenza è pronunciata nel giudizio di impugnazione, il giudice decide sull'azione civile a norma dell'articolo 578.

Art. 448. Provvedimenti del giudice.

1. Nell'udienza prevista dall'articolo 447, nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice, se ricorrono le condizioni per accogliere la richiesta prevista dall'articolo 444, comma 1, pronuncia immediatamente sentenza. Nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, pronuncia immediatamente sentenza. La richiesta non è ulteriormente rinnovabile dinanzi ad altro giudice. Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero o il rigetto della richiesta.

2-bis. Il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza.

2. In caso di dissenso, il pubblico ministero può proporre appello; negli altri casi la sentenza è inappellabile.

3. Quando la sentenza è pronunciata nel giudizio di impugnazione, il giudice decide sull'azione civile a norma dell'articolo 578.

Art. 459. Casi di procedimento per decreto.

1. Nei procedimenti per reati perseguibili di ufficio ed in quelli perseguibili a querela se questa è stata validamente presentata e se il querelante non ha nella stessa dichiarato di opporvisi, il pubblico ministero, quando ritiene che si debba applicare soltanto una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva, può presentare al giudice per le indagini preliminari, entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato e previa trasmissione del fascicolo, richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna, indicando la misura della pena. ⁽¹⁾

2. Il pubblico ministero può chiedere l'applicazione di una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale.

3. Il giudice, quando non accoglie la richiesta, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, restituisce gli atti al pubblico ministero.

4. Del decreto penale è data comunicazione al querelante.

5. Il procedimento per decreto non è ammesso quando risulta la necessità di applicare una misura di sicurezza personale

1) *La Corte costituzionale, con sentenza 28 gennaio – 27 febbraio 2015, n. 23 (Gazz. Uff. 4 marzo 2015, n. 9 – Prima serie speciale), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui prevede la facoltà del querelante di opporsi, in caso di reati perseguibili a querela, alla definizione del procedimento con l'emissione di decreto penale di condanna.*

Art. 459. Casi di procedimento per decreto.

1. Nei procedimenti per reati perseguibili di ufficio ed in quelli perseguibili a querela se questa è stata validamente presentata e se il querelante non ha nella stessa dichiarato di opporvisi, il pubblico ministero, quando ritiene che si debba applicare soltanto una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva, può presentare al giudice per le indagini preliminari, entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato e previa trasmissione del fascicolo, richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna, indicando la misura della pena. ^{1*}

1-bis. Nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, il giudice, per determinare l'ammontare della pena pecuniaria, individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella determinazione dell'ammontare di cui al periodo precedente il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare. Alla pena pecuniaria irrogata in sostituzione della pena detentiva si applica l'articolo 133-ter del codice penale».

2. Il pubblico ministero può chiedere l'applicazione di una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale.

3. Il giudice, quando non accoglie la richiesta, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, restituisce gli atti al pubblico ministero.

4. Del decreto penale è data comunicazione al querelante.

5. Il procedimento per decreto non è ammesso quando risulta la necessità di applicare una misura di sicurezza personale

1) *La Corte costituzionale, con sentenza 28 gennaio – 27 febbraio 2015, n. 23 (Gazz. Uff. 4 marzo 2015, n. 9 – Prima serie speciale), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui prevede la facoltà del querelante di opporsi, in caso di reati perseguibili a querela, alla definizione del procedimento con l'emissione di decreto penale di condanna.*

^{1*} Le disposizioni del co. 2-bis dell'articolo 448 del c.p.p., introdotto dal co. 50, non si applicano nei procedimenti nei quali la richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 del c.p.p. è stata presentata anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge.

Art. 546 Requisiti della sentenza

1. La sentenza contiene:

- a) l'intestazione «in nome del popolo italiano» e l'indicazione dell'autorità che l'ha pronunciata;
- b) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private;
- c) l'imputazione;
- d) l'indicazione delle conclusioni delle parti;
- e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie;

f) il dispositivo, con l'indicazione degli articoli di legge applicati;

g) la data e la sottoscrizione del giudice.

2. La sentenza emessa dal giudice collegiale è sottoscritta dal presidente e dal giudice estensore. Se, per morte o altro impedimento, il presidente non può sottoscrivere, alla sottoscrizione provvede, previa menzione dell'impedimento, il componente più anziano del collegio; se non può sottoscrivere l'estensore, alla sottoscrizione, previa menzione dell'impedimento, provvede il solo presidente.

3. Oltre che nel caso previsto dall'articolo 125 comma 3, la sentenza è nulla se manca o è incompleto nei suoi elementi essenziali il dispositivo ovvero se manca la sottoscrizione del giudice

Art. 546 Requisiti della sentenza

1. La sentenza contiene:

- a) l'intestazione "in nome del popolo italiano e l'indicazione dell'autorità che l'ha pronunciata;
- b) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private;
- c) l'imputazione;
- d) l'indicazione delle conclusioni delle parti;

e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, con riguardo:

- 1) all'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica;**
- 2) alla punibilità e alla determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'articolo 533, e della misura di sicurezza;**
- 3) alla responsabilità civile derivante dal reato;**
- 4) all'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali;**

f) il dispositivo, con l'indicazione degli articoli di legge applicati;

g) la data e la sottoscrizione del giudice.

2. La sentenza emessa dal giudice collegiale è sottoscritta dal presidente e dal giudice estensore. Se, per morte o altro impedimento, il presidente non può sottoscrivere, alla sottoscrizione provvede, previa menzione dell'impedimento, il componente più anziano del collegio; se non può sottoscrivere l'estensore, alla sottoscrizione, previa menzione dell'impedimento, provvede il solo presidente.

3. Oltre che nel caso previsto dall'articolo 125 comma 3, la sentenza è nulla se manca o è incompleto nei suoi elementi essenziali il dispositivo ovvero se manca la sottoscrizione del giudice

Marco de Leva

Magistrato in tirocinio presso il Tribunale di Napoli

La riforma Orlando, tra esigenze di razionalizzazione del sistema e necessità di adeguamento al *dictum* giurisprudenziale.

Parte terza: gli interventi emblematici in tema di: appello, partecipazione a distanza e definizione del procedimento per incapacità irreversibile

abstract

The article addresses the very latest provision contained in the law 103 of the 23rd of June 2017, published on July 4th 2017 which came into force on August 3rd 2017. The main topic discussed in the article relates to the appeal procedures during the second stage of the proceeding (the Appeal stage) and, specifically, the new stricter threshold to request an appeal, the re-introduction of the appeal agreement to allow for a faster final decision and conclusion of the proceeding, the jurisdiction of the second degree judge to cancel the decision made during the first degree stage of the proceeding (the second degree judge has now the rights to assess not only the substance of the decision previously made but also the formal regularity of the decision), the provision relating to the new judgement in case a prosecutor attorney appeal against the decision that the party was found not guilty. Within the article, the author also addresses the new legislation in terms of remote participation to the proceeding ex article 146 bis of the implementing measures of the criminal-law procedure code, with the final aim of the reformer to save in terms of resources and timing. Lastly the author assesses the alignment of the new reform with the case-law with regards to the decision made by the reformer to admit a release or waiver decision when the party that is being judged is irreversibly unable to participate to the proceeding.

keywords

Appeal proceeding – specific characteristics of the grounds for appeal – Appeal agreement – Renewal of the investigation – Cancellation of final judgement – Irreversible inability to proceed – Remote participation.

abstract

Il contributo esamina alcuni aspetti delle novità introdotte dalla legge n. 103 del 23 giugno 2017, pubblicata in G.U. 04/07/2017, n.154, ed entrata in vigore il 3 agosto 2017. Quanto al regime delle impugnazioni e, segnatamente, dell'appello, l'autore si è soffermato sull'innalzamento della soglia di ammissibilità del gravame, sulla reintroduzione di uno strumento deflattivo già noto in passato, quello del concordato in appello, onde favorire una rapida definizione dei procedimenti instaurati, sulla neoacquisita competenza del giudice di secondo grado sulla rescissione del giudicato, che vede la Corte d'Appello ora preposta a vagliare la regolarità non solo sostanziale ma anche formale del giudicato, nonché sui caratteri di nuova introduzione del giudizio conseguente all'impugnativa del pubblico ministero su sentenza di assoluzione. Analizzando la medesima ottica di razionalizzazione ed efficientismo del sistema processuale, lo scritto esamina anche la modifica in tema di partecipazione a distanza di cui all'art. 146 bis disp. att. c.p.p., laddove è particolarmente evidente la preoccupazione del riformatore di risparmiare risorse e tempi. L'autore, infine, ha analizzato e verificato l'allineamento agli input provenienti dalla recente elaborazione giurisprudenziale della scelta del riformatore di consentire, in presenza di un'incapacità irreversibile dell'imputato a partecipare al giudizio, una pronunzia liberatoria.

parole chiave

Procedimento in appello – Specificità dei motivi di appello – Concordato in appello – Rinnovazione dell'istruttoria – Rescissione giudicato – Incapacità processuale irreversibile – Partecipazione a distanza.

sommario

Premessa. – **1.** La nuova forma dell'impugnazione di cui all'art. 581 c.p.p. – **2.** La reintroduzione del concordato in appello. – **3.** La rinnovazione dell'istruttoria in caso di appello avverso sentenza di proscioglimento. – **4.** La rescissione del giudicato – **5.** Le modifiche in tema di partecipazione a distanza – **6.** La definizione per incapacità irreversibile ex art. 72-*bis* c.p.p. – **7.** Norme di riferimento.

Premessa

Con la legge n. 103 del 23 giugno 2017, pubblicata in G.U. 04/07/2017, n.154, ed entrata in vigore il 3 agosto 2017, il legislatore ha significativamente innovato la disciplina processuale.

Obiettivo principale della riforma è stato certamente quello di rendere più efficiente il sistema giudiziario nella sua interezza, rivedendo taluni snodi processuali di fondamentale importanza, da un lato, e ripartendo diversamente le competenze tra i vari uffici, dall'altro.

Non a caso, l'ambito maggiormente inciso dalla legge n. 103/17 è stato proprio quello delle impugnazioni, generalmente vissuto come momento di congestione e serio pregiudizio alla qualità e tempestività della risposta di giustizia da parte dello Stato.

Perseguendo tale linea direttrice, la riforma ha inteso valorizzare i profili tecnici del sistema impugnatorio, rimarcando la funzione normofilattica della Cassazione e tentando al contempo di sgravarla di molte delle sue incombenze procedurali.

Con particolare riferimento all'appello, poi, si è cercato di recuperare un più elevato grado di efficienza in primo luogo attraverso un innalzamento della soglia di ammissibilità, modificando gli artt. 546 e 581 c.p.p., ma anche con la reintroduzione di uno strumento deflattivo già noto in passato, quello del concordato in appello, onde favorire una rapida definizione dei procedimenti instaurati. Sempre in una visione d'insieme, si coglie altresì la ragion d'essere dell'introduzione dell'art. 629-*bis* c.p.p. che sposta la competenza in tema di rescissione del giudicato in capo alla corte di appello, ora preposta a vagliare la regolarità non solo sostanziale ma anche formale del giudicato.

Su questo fronte, la riforma pare voler imprimere una certa direzione evolutiva all'appello, accentuandone i caratteri formali ed assimilandolo maggiormente al giudizio di legittimità piuttosto che a quello di primo grado.

Informata alla medesima istanza di razionalizzazione ed efficientamento del sistema processuale anche la modifica in tema di partecipazione a distanza di cui all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.; qui, come meglio si vedrà in prosieguo, è evidente la preoccupazione del riformatore di un più cospicuo risparmio in termini di mezzi e tempi.

In aggiunta, obiettivo della riforma è stato anche quello di adeguare il dato normativo all'evoluzione

giurisprudenziale, specie per quanto concerne quella sovranazionale.

Sul punto il legislatore pare aver ceduto, piuttosto, ad una ricezione acritica del dictum giurisprudenziale, senza dimostrare di aver effettivamente colto i principi di diritto formulati dalle corti superiori – tanto nazionali quanto convenzionali – e le questioni da queste affrontate.

È quanto accaduto in tema di rinnovazione in sede di appello di cui al nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., ma anche riguardo alla definizione del procedimento per incapacità processuale irreversibile ex art. 72-*bis* c.p.p.

Numerose sono le perplessità che il novellato dato normativo pone, specie nel raffronto con quanto di recente asserito in giurisprudenza.

1. La nuova forma dell'impugnazione di cui all'art. 581 c.p.p.

Come premesso, oggetto principale della riforma è stato certamente il sistema delle impugnazioni, intervenendo sin dalle disposizioni generali del Titolo I del Libro IX. Soffermando l'attenzione, per il momento, alle modifiche che hanno riguardato il procedimento in appello, va preliminarmente esaminata la riscrittura delle prescrizioni in ordine alla forma dell'impugnazione di cui all'art. 581 c.p.p.

La norma, per come si presenta successivamente alla modifica del 2017, si pone in continuità con la precedente formulazione salvo, tuttavia, alcune precisazioni.

L'onere processuale di articolare i vari elementi dell'impugnazione è ora connotato dal carattere della specificità, prima previsto in riferimento alla sola lettera c) per le ragioni di diritto e gli elementi di fatto a sostegno di ogni richiesta.

Il mancato assolvimento di detto onere viene espressamente sanzionato con l'inammissibilità, anticipando quanto già disposto dall'art. 591 c.p.p. che a sua volta richiama, tra l'altro, lo stesso art. 581 c.p.p. Tale ripetizione, invero, oltre a costituire un monito per le parti potrebbe anche essere letto come indice della *voluntas legis* di un maggiore rigore nel controllo sul rispetto della forma dell'impugnazione¹.

La specificità, dunque, diviene condizione estrinseca perché il giudice dell'impugnazione possa esaminare la vicenda ed entrare nell'oggetto del ricorso.

Venendo, poi, alle singole articolazioni logico-giuridiche del mezzo di impugnazione, la lettera a) rimane invariata continuando a prevedere, in primo luogo, i capi o i punti della decisione censurata.

La nuova lettera b), invece, richiede l'indicazione puntuale delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione, l'omessa o erronea valutazione.

¹ Cfr. M. GIALUZ, A. CABIALE E J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20.6.2017, p. 20.

In particolare, nella categoria di omessa assunzione devono ricomprendersi, certamente, le doglianze relative ai rigetti delle richieste formulate ex art. 493 c.p.p. ma anche quelle concernenti la prova contraria; allo stesso modo, una lettura critica della norma, consente di ricomprendere anche i gravami concernenti istanze istruttorie dapprima accolte e poi revocate ex art. 495 c.p.p.² Ben più problematica, invece, una risposta in tema di omessa assunzione di richieste di 507 c.p.p. attenendo comunque ad un potere officioso, attivato nella misura in cui il giudice ritenga drasticamente incompleta l'istruttoria svolta.

Vista l'attuale formulazione della lettera c), invero, anche le richieste istruttorie per il giudizio di appello dovranno essere specificate già al momento della presentazione dell'impugnativa.

La lettera d), infine, riprendendo il vecchio testo della norma continua a prevedere l'indicazione dei motivi con le ragioni di fatto e di diritto che ne sono a fondamento.

Ratio della riformulazione pare essere quella di un aggravio dell'onere processuale delle parti così da consentire, al giudice dell'impugnativa, di comprendere immediatamente l'oggetto del gravame. D'altra parte, quella dell'appello è pur sempre una cognizione devolutiva che, pertanto, risente in via diretta di come è formulato l'atto di impugnazione: quanto più è generico, tanto più difficile sarà per l'A.G. individuare i limiti della propria cognizione.

Il requisito della specificità si fonda, dunque, proprio sul tentativo da parte del legislatore di rendere più efficace ed efficiente il sistema dell'impugnazione – ed in definitiva, di più rapida definizione.

Sul punto, è stato osservato che già un più accurato esame preliminare del ricorso consente di meglio organizzare il lavoro del giudice dell'impugnativa, con evidenti ripercussioni sulla celerità ed efficacia dell'amministrazione giudiziaria.

Un atto maggiormente preciso sotto il profilo tecnico, invero, permette di comprendere *prima facie* il grado di complessità delle questioni giuridiche sollevate, il tempestivo computo dei termini prescrizionali e custodiali, un'efficiente formazione dei ruoli, un equo riparto del carico di lavoro tra le varie sezioni e relatori. Riflessi, dunque, di significativa pregnanza non solo sul piano propriamente processuale – relativo alla determinazione della cognizione devoluta – ma anche amministrativo-giudiziario, di corretta ed adeguata pianificazione del lavoro³.

Va invece escluso che la riforma del 2017 abbia inteso mutare radicalmente la natura dei procedimenti

impugnatori, tramutando l'appello in un'impugnazione a critica vincolata – o tendenzialmente tale – intento che pure in un primo momento aveva animato il legislatore, ma poi abbandonato nel corso dei lavori preparatori.

Piuttosto, il recente intervento normativo pare riproporre in sede penale quanto già accaduto in quella processual-civile dove vi è stata un'accentuazione del carattere tecnico dell'atto di appello.

Un maggiore tecnicismo, invero, può essere funzionale ad una maggiore efficienza del sistema nel suo complesso. In tal senso, la norma va allora letta in combinato disposto con l'art. 546 c.p.p. così come da ultimo modificato, dal momento che l'atto di gravame non può certamente essere così specifico se dapprima non è altrettanto puntuale la sentenza impugnata. S'instaura così un «necessario parallelismo [...] tra motivazione e motivo di impugnazione, richiedendo, per entrambi, un pari rigore logico-argomentativo»⁴.

Tuttavia, persiste una significativa differenza quanto al regime giuridico dal momento che, mentre la violazione del 546 c.p.p. non comporta alcuna nullità, il mancato rispetto dei canoni del 581 c.p.p. consuma il potere processuale determinando l'ineammissibilità.

Onde evitare di cadere in un vuoto rigore formalista, allora, occorrerà concretizzare l'onere di specificazione proprio alla luce della specificità della motivazione della sentenza impugnata.

Giova a tal fine richiamarsi alla giurisprudenza sin qui elaborata in riferimento alla lett. c) dell'art. 581 c.p.p., ritenendo presumibilmente che – almeno in un primo momento – venga utilizzata quale parametro valutativo per la correttezza della forma dell'impugnazione.

Sul punto, un primo orientamento di legittimità ha precisato che il canone in esame va compreso alla luce del principio del *favor impugnationis*, nonché della peculiare natura del giudizio di appello.

In via preliminare, la S.C. ha voluto distinguere il giudizio sulla specificità svolto in secondo grado, rispetto a quello operato da lei stessa. Il carattere devolutivo dell'appello ai sensi dell'art. 597 c.p.p., invero, concerne esclusivamente i punti censurati della sentenza di primo grado, ma nell'ambito di tale perimetro il giudice adito non soffre di alcuna limitazione al potere di cognizione e valutazione; con l'impugnativa, difatti, si apre un nuovo giudizio che è non solo di legittimità ma anche di merito.

L'orientamento in esame, pertanto, ritiene comunque ammissibili motivi redatti in forma alquanto succinta, purché tuttavia intellegibili ed idonei a sostenere le richieste di riforma del provvedimento impugnato⁵.

In contrapposizione, un'impostazione più rigorosa ha ridimensionato la peculiarità funzionale e struttu-

² Cfr. C. INGRAO, *La riforma del processo di appello e l'istituto del concordato in appello*, in *il Penalista*, 14.7.17, p. 3.

³ Cfr. C.S.M., La Settima Commissione, delibera n. 962/VV/2016 del 5.7.2017, *Linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti*.

⁴ Cfr. C. INGRAO, *op. cit.*, p. 2.

⁵ Cfr. Cass. Sez. VI, n. 3721 del 24/11/2015 – dep. 27/01/2016, Sanna, Rv. 26582701.

rale dell'appello. La diversità di vedute, a ben vedere, si rifletteva in particolar modo sulla c.d. specificità estrinseca, ovvero sulla correlazione tra quesiti e ragioni di fatto o di diritto su cui si basa la sentenza appellata.

Secondo tale indirizzo, quello in appello non sarebbe *sic et simpliciter* un nuovo giudizio, bensì pur sempre un procedimento di controllo, di censura su specifici punti e per specifiche ragioni della decisione impugnata.

Il tasso di specificità, dunque, viene così considerevolmente innalzato richiedendosi una critica mirata delle argomentazioni contenute nel provvedimento di primo grado⁶.

In particolare, è richiesto che l'appellante esprima una critica puntuale alle argomentazioni rese in sentenza, rappresentandone lacune o vizi logici; diversamente, «una ricostruzione dei fatti [...] nell'atto di appello che prescindendo dalla motivazione [...] peccherebbe infatti di aspecificità, considerato che [...] questa "indicazione specifica" [...] espressione di un "motivo" di impugnazione, [...] implica ontologicamente un confronto critico con il tenore della motivazione resa nel provvedimento impugnato»⁷.

Il contrasto giurisprudenziale è stato di recente composto con l'intervento delle Sezioni Unite che hanno aderito all'orientamento più rigoroso.

Partendo dal dato normativo che accomuna le disposizioni in tema di impugnazione tanto per l'appello, quanto per il ricorso in Cassazione, la S.C. ha precisato che in forza del combinato disposto degli artt. 591 e 597 c.p.p. occorre distinguere due fasi: una prima, relativa al giudizio di ammissibilità, comprensiva della valutazione sulla specificità estrinseca dei motivi; la seconda per l'esplicazione del merito, delimitata solo dai capi e punti impugnati. La *plena cognitio*, nei limiti del devoluto, emerge dunque solo in un momento successivo, il cui presupposto rimane pur sempre un'impugnativa ammissibile ex art. 591 c.p.p.

Soluzione certamente più rigorosa ma, secondo quanto asserito dalle S.U., coerente con il sistema che qualifica l'appello non come un nuovo giudizio, una pura *revisio prioris instantiae*, bensì come strumento di controllo della decisione assunta su specifici punti e per specifiche ragioni.

In conclusione, dunque, le S.U. ritengono l'atto «inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata»⁸.

⁶ Cfr. Cass. Sez. VI, n. 13621 del 06/02/2003, Valle, Rv. 227194.

⁷ Cfr. Cass., sez. VI, n. 7773 del 12/01/2016 – dep. 25/02/2016, Seferovic, Rv. 26643301.

⁸ Cfr. Cass., sez. U, n. 8825 del 27/10/2016 – dep. 22/02/2017, Galtelli, Rv. 26882201.

È evidente, però, che l'esigibilità in concreto dell'onere in questione non può che dipendere dalla specificità nella redazione del provvedimento impugnato, risultando opportuno rimarcare la diretta correlazione tra gli artt. 546 e 581 c.p.p. – rapporto del quale, d'altra parte, è parso consapevole anche lo stesso legislatore.

Occorre inoltre precisare che quanto sin qui esposto, invero, ha ad oggetto solamente la lett. c) – ora lett. d) – dell'art. 581 c.p.p. mentre nell'attuale formulazione la specificità viene estesa a ciascun componente dell'atto di impugnazione.

Si tratta, tra l'altro, di elementi tra loro eterogenei e che pertanto potrebbero comportare una diversa traduzione del canone esaminato.

È ragionevole pretendere, ad esempio, un maggiore rigore nell'indicazione dei capi e punti della decisione impugnata, ovvero nella formulazione delle richieste, specie quelle istruttorie, piuttosto che nell'esplicazione della parte argomentativa dell'atto di impugnativa, attinente alle ragioni di diritto a fondamento di ciascuna richiesta.

Allo stesso modo, vista l'attuale formulazione dell'art. 581 c.p.p., ciascuna censura dovrà essere analiticamente dedotta, pena l'inammissibilità *in parte qua* dell'appello.

Con particolare riferimento alle nullità assolute ed all'inutilizzabilità patologica, invero, pur risultando tali vizi non sanabili e censurabili in ogni stato e grado, avendo il giudizio di impugnazione carattere devolutivo, la parte non dedotta – per acquiescenza o per inammissibilità – dovrebbe subire il passaggio in giudicato, rimanendo pertanto pretermessa ogni ulteriore contestazione nei gradi successivi. Sul punto, difatti, verrebbe a mancare il presupposto essenziale della corretta instaurazione di un rapporto processuale.

Un ulteriore adeguamento del canone in esame dovrebbe discendere, infine, dalle peculiarità del sistema processual-penalistico e delle istanze ad esso sottese.

La difesa tecnica, invero, è certamente un presidio ineliminabile anche in sede penale, nella sua duplice veste di garanzia dell'effettività del diritto di difesa e di presupposto essenziale del giusto processo di modello accusatorio – che si fonda, innanzitutto, sulla pienezza del contraddittorio tra soggetti equiordinati.

Ma nel sistema penale la partecipazione diretta dell'imputato non viene in nessun caso messa in discussione, ben potendo anch'egli, senza alcuna mediazione, intervenire ed esercitare autonomamente i propri poteri processuali.

In tal senso, invero, l'art. 571 c.p.p. – anch'esso modificato ma, come si vedrà in prosieguo, solo in riferimento al procedimento in Cassazione – contempla l'eventualità di un appello proposto personalmente dall'imputato.

Considerato il diretto fondamento della norma nell'art. 24 Cost., un'interpretazione costituzional-

mente orientata dovrebbe indurre a concretizzare diversamente l'onere di specifica indicazione di cui al nuovo art. 581 c.p.p. nell'ipotesi in cui l'appello provenga direttamente dall'imputato: un maggiore grado di tecnicismo, invero, non può certamente essere preteso da un *quisque de populo*.

Diversamente, in effetti, significherebbe precludere all'imputato di contestare egli stesso – a prescindere dalle determinazioni del difensore tecnico – il provvedimento che lo ha visto soccombente.

Forse, allora, sarebbe opportuno in questi casi recuperare l'orientamento meno rigoroso pure espresso in sede di legittimità, teso più ad una lettura teleologicamente orientata del requisito della *specificità*, ovvero come sufficiente individuazione dei motivi di doglianza e delle argomentazioni contestate.

2. La reintroduzione del concordato in appello

Con la riforma del 2017 viene introdotta una nuova ipotesi di procedimento camerale in appello, fondato sul previo consenso delle parti in ordine all'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di gravame.

I soggetti legittimati ad esprimere tale volontà ed il termine finale sono dalla norma individuati attraverso il richiamo all'art. 589 c.p.p.

Dalla parte pubblica, pertanto, il consenso dovrà essere manifestato dal pubblico ministero che ha sede presso il giudice del provvedimento impugnato – sino all'apertura del dibattimento – mentre, successivamente, da quello presso il giudice dell'impugnativa – sino al momento dell'inizio della discussione.

Al fine di garantire uniformità di comportamenti, il procuratore generale presso la corte di appello è tenuto a formulare delle direttive di orientamento in base alla tipologia di reato ed alla complessità del procedimento; criteri che, in ogni caso, non risultano vincolanti per il magistrato delegato all'udienza, stante l'espresso richiamo al co. 1 dell'art. 53 del codice di rito. A maggior ragione, si deve altresì ritenere che la violazione di tali direttive non comporti alcuna invalidazione dell'accordo eventualmente raggiunto.

Per la parte privata, invece, sempre in base al rinvio alla disposizione citata, la volontà dovrà essere espressa personalmente o a mezzo di procuratore speciale.

Non operando alcuna distinzione, la nuova previsione dell'art. 599-*bis* dovrebbe ritenersi operativa anche per le impugnative promosse ai soli fini civili.

Quanto al termine finale entro il quale la proposta congiunta può essere avanzata, visti il richiamo operato all'art. 589 co. 3 e la nuova previsione del co. 1-*bis* dell'art. 602 c.p.p., si deve ritenere che vada radicato nel momento della discussione.

Non osta a tale soluzione la disposizione di cui al co. 3 dell'art. 599-*bis* dal momento che l'ulteriore prosecuzione del procedimento con citazione ad udienza, nel caso in cui il giudice ritenga di non poter accogliere sin da subito la richiesta, non esclude a norma

dell'art. 602 co 1-*bis* c.p.p. la riproposizione del concordato nel corso del dibattimento.

L'accordo ha per oggetto i motivi di appello, o meglio l'accoglimento di tutti o solo di alcuni di essi, con contestuale rinuncia agli altri.

Se, però, ne consegue la necessità di rideterminare il trattamento sanzionatorio, il patto processuale dovrà vertere anche sulla misura della pena.

Esclusi dall'ambito operativo sono i procedimenti per delitti di cui agli artt. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, i procedimenti per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-*quater*, secondo comma, 600-*quater.l*, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

L'istituto è poi completato nella sua disciplina dalla disposizione di cui al nuovo co. 1 *bis* introdotto nel testo dell'art. 602 c.p.p. che, come sopra già evidenziato, contempla l'ipotesi che il concordato venga proposto al momento del dibattimento.

Tanto nel co. 3 dell'art. 599-*bis* c.p.p. quanto nel co. 1-*bis* inserito nell'art. 602 c.p.p., si precisa che se il giudice non ritiene di convenire su quanto oggetto di accordo dovrà disporre la prosecuzione nelle ordinarie forme dibattimentali; la richiesta, in tali casi, perderà effetto e, non solo non se ne potrà desumere alcun elemento di prova, ma gli stessi motivi eventualmente oggetto di rinuncia potranno anche essere riproposti in Cassazione.

Con la disciplina così descritta, la riforma del 2017 ha inteso reintrodurre un istituto già vigente in precedenza, ed abolito col d.l. n. 125 del 2008. Anche la formulazione antecedente era centrata sull'aspetto procedimentale, essendo inserito nel corpo dell'art. 599 in tema di decisioni da assumere in camera di consiglio.

Il dato testuale viene ora riproposto in un autonomo articolo del codice di rito, senza alcuna particolare modifica, ma con delle significative aggiunte.

La diversa collocazione sistematica della disciplina positiva sopra riportata, induce a riflettere, in via preliminare, su quale sia il fondamento dell'istituto, ed in particolare se l'intento del legislatore non sia stato quello di introdurre qualcosa di più rispetto ad una mera ipotesi di procedimento camerale.

Sicuramente l'istituto in esame appare idoneo a svolgere una certa funzione deflattiva del contenzioso, per lo meno di quello già pendente in fase di appello. La prospettiva di poter avanzare impugnativa e di rinunciarvi in un qualunque momento non risulta, però, un serio disincentivo alla proposizione di gravami pretestuosi o comunque infondati; in tal senso, in effetti, la modifica in esame si muove in una direzione opposta rispetto a quanto già disposto dalla stessa ri-

forma in tema di sospensione dei termini di prescrizione tra i diversi gradi di giudizio – questo sì, invece, potrebbe rivelarsi un efficace deterrente.

Ad ogni buon conto, l'accordo consente al giudice dell'impugnativa di procedere nelle forme semplificate del rito camerale sempre che, però, concordi con la prospettazione offerta dalle parti.

Non sfugge, tuttavia, che la struttura del concordato pare richiamare un altro tipo accordo processuale che, invece, ha una chiara funzione premiale, oltre che deflattiva, ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti ex artt. 444 e ss. c.p.p.

Anche in appello, invero, può essere suggerito dalle parti un diverso trattamento sanzionatorio; nella contrattazione sui motivi di ricorso, in effetti, possono venire coinvolti anche punti della sentenza relativi alla pena così da far sorgere la necessità di una rideterminazione della sanzione inflitta.

La questione non è di poco conto in quanto proprio alla luce della funzione assolta dal concordato si può comprendere quanto ampio sia lo spazio deliberativo rimesso al giudice dell'impugnativa e, dall'altra parte, la legittimità costituzionale della sua limitazione a solo alcuni procedimenti.

Occorre difatti domandarsi in che termini il giudice possa ritenere di non accogliere il concordato, ovvero se il criterio valutativo al quale debba uniformarsi sia quello della mera correttezza formale o anche sostanziale dell'accordo.

Assumendo una valenza anche premiale dell'istituto – specie se concernente la determinazione della pena – il giudice dovrà verificare che il ricorso proposto sia ammissibile in termini di oggetto dell'impugnativa, tempestività, specificità nella formulazione, oltre la sussistenza dell'accordo.

Diversamente, ritenendo esclusiva la funzione deflattiva-processuale del concordato, il controllo giurisdizionale dovrà vertere non solo sugli aspetti formali, ma anche sulla fondatezza sostanziale dei motivi di cui si chiede – congiuntamente – l'accoglimento.

In tema di pena, ad esempio, il giudice dell'appello nell'un caso non potrebbe rigettare pur ritenendo la quantificazione operata in primo grado conforme a legge ed ai criteri del 133 c.p.; nell'altro, invece, potrebbe accogliere il concordato solo qualora riscontri un'illegittimità – formale o sostanziale – nelle statuizioni di primo grado.

La seconda soluzione pare maggiormente rispondente al dato normativo e soprattutto alla struttura del giudizio di impugnazione che, anche quando potenzialmente interamente devolutivo come l'appello, ha pur sempre ad oggetto la correttezza del grado precedente e della sentenza che lo ha concluso.

La funzione esclusivamente deflattiva del concordato, invero, era stata già affermata in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità la quale, per l'appunto, aveva ribadito la diversità strutturale con il patteggiamento,

non comportando il 599 c.p.p. in contropartita alla rinuncia alcuna diminuzione di pena o vantaggio premiale di alcun genere.

Di conseguenza, era ritenuta soluzione pienamente conforme al dato normativo l'accoglimento del concordato disponendo al contempo, però, l'applicazione di una misura di sicurezza.

Con specifico riferimento alla sanzione concordata, va segnalata la pronuncia della sezione III del 28 ottobre 1999 la quale, ribadendo la natura del tutto differente dell'istituto rispetto al patteggiamento, ne evidenziava i tratti distintivi in tema di pena e di valutazione della sua congruità.

Si legge, difatti, che in tema di concordato in secondo grado «il giudice dell'appello ha anche un potere di controllo sulla congruità della pena pattuita (cfr. per tutte Cass. Sez. I, n. 00868 del 27.1.1996, ud. 6.12.1995, Landini, rv. 203675) [...] in tal caso la valutazione di congruità va compiuta in relazione a tutti i parametri di cui all'art. 133 c.p.; e non soltanto in relazione al fine rieducativo della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost., solo rispetto al quale ha un potere di controllo il giudice chiamato ad applicare la pena pattuita ex artt. 444-448 c.p.p., a seguito della sentenza n. 313/1990 della Corte costituzionale»⁹.

Riprendendo ed estendendo il parametro interpretativo fornito dalla S.C. sotto la previgente normativa, dunque, il criterio al quale il giudice dell'appello doveva rifarsi era quello della fondatezza del motivo del quale si chiedeva l'accoglimento, e non solo del mero dato formale dell'esistenza di un accordo.

La formulazione attuale dell'istituto, invero, non modificando gli aspetti essenziali come già delineati prima dell'abrogazione del 2008, pare confermare la sua dimensione prettamente deflattiva.

Secondo taluni, anzi, «è evidente la sua natura non premiale [...] la nuova determinazione della pena non è fissata in una misura determinata [...] non ci sono effetti premiali collaterali [...] la sentenza conseguente al concordato è una sentenza di condanna a tutti gli effetti»¹⁰. L'equivoco sarebbe ingenerato, oltre che da un errore prospettico, anche da «alcune improprie indicazioni legislative»¹¹ come l'assimilazione in termini procedurali operata dall'art. 610, co. 5-bis, c.p.p. in tema di declaratoria senza formalità della inammissibilità.

Ma se tale è la funzione del concordato, non si comprende allora la ragione dell'esclusione dal suo ambito di operatività dei procedimenti relativi a taluni gravi reati puntualmente richiamati dalla norma.

Si noti, inoltre, che proprio questo aspetto risulta elemento caratterizzante della nuova normativa rispetto alla previsione antecedente al 2008.

⁹ cfr. Cass. Sez. III, sent. n. 13484 del 28.10.1999 ud. – dep. 24.11.1999 – rv. 214815.

¹⁰ G. SPANGHER E A. MARANDOLA, *Concordato in appello: basta equivoci*, in *il Penalista*, 21.8.17, p. 3.

¹¹ G. SPANGHER E A. MARANDOLA, *op. cit.*

Dal punto di vista processuale i procedimenti indicati dal co. 2 della norma in commento, non presentano necessariamente delle significative peculiarità tali da legittimare un diverso trattamento.

In verità, colpisce prima ancora l'assoluta eterogeneità dei delitti i cui procedimenti restano esclusi.

Vengono, difatti, accomunate fattispecie associative di obiettivo e rilevante pericolo per l'ordine pubblico, compresi reati commessi con finalità di terrorismo e quelli aggravati dall'art. 7 d.l. 152/91, con delitti concernenti la libertà individuale ai quali, poi, si aggiungono le fattispecie in tema di contrasto alla prostituzione minorile e quelle compiute da delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

Se è vero che molte di queste fattispecie rivestono una significativa carica antisociale, lo stesso non può dirsi – o quantomeno non col medesimo grado – per i reati commessi dai soggetti contemplati dagli artt. 102-108 c.p.

Così, egualmente, se per certe ipotesi di reato, in particolare quelle associative, si potrebbe ragionevolmente presumere una complessità dell'indagine prima e dell'istruttoria poi, non altrettanto può dirsi per quelle in tema di violenza alla persona – spesse volte centrate quasi esclusivamente sulle sole dichiarazioni della persona offesa.

Più in generale, poi, nelle limitate ipotesi in cui il legislatore ha adattato il rito alla tipologia di reato in contestazione, l'interesse ad una rapida soluzione della vicenda processuale – solo, o congiuntamente ad altri – ha sempre nettamente prevalso.

Si pensi, su tutti, al disposto di cui all'art. 190-*bis* c.p.p. che consente agevolmente di superare le difficoltà conseguenti al mutamento del collegio giudicante nei reati di cui al 51, co. 3-*bis*, c.p.p.; in tal senso, ancora più esplicita, poi, è la portata dell'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. che assicura la priorità nella formazione dei ruoli per i procedimenti relativi a determinati reati.

Nel comprendere la ratio dell'esclusione, non aiuta la previsione del co. 4 dell'art. 599-*bis* c.p.p. che si richiama contemporaneamente ad un criterio sostanziale – la tipologia del reato – e processuale – la complessità dei procedimenti. La formulazione ambigua adoperata dal legislatore non fa comprendere se abbia voluto favorire o, al contrario, disincentivare il concordato nei casi di particolare disvalore con istruttorie articolare e lunghe.

Ad ogni buon conto, stante l'assenza di un carattere premiale dell'istituto in esame, proprio in queste ipotesi sarebbe stato invece opportuno sollecitare le parti alla rinuncia ai motivi di impugnazione, consentendo così di pervenire più rapidamente al giudicato.

Altra questione connessa alla delimitazione al concordato imposta dal comma 2, infine, attiene proprio all'esatta individuazione dei procedimenti esclusi.

La norma, invero, fa riferimento ai "procedimenti" per taluni delitti, tuttavia non si comprende se l'e-

scusione operi solo laddove l'appello abbia ad oggetto esclusivamente capi e punti della sentenza relativi alle fattispecie espressamente richiamate, ovvero anche laddove contestualmente a questi – nell'ambito della stessa impugnativa – siano stati contestati anche capi e punti concernenti altre ipotesi di reato non ricadenti nella previsione del comma 2.

Ad esempio, nel caso di gravame proposto avverso la condanna per 416-*bis* c.p. ed un reato fine, trattandosi di medesimo procedimento, l'impugnativa su quest'ultima fattispecie criminis, può essere oggetto di concordato?

Nell'eventualità, invece, vi siano più imputati e solo taluni formulino richiesta ex art. 599-*bis* c.p.p. occorre interrogarsi se non vi sia il pericolo del maturare di una causa di incompatibilità ex art. 34 c.p.p.

Laddove si ritenga, difatti, che il criterio per l'accoglimento debba essere la fondatezza anche sostanziale del motivo oggetto di concordato, il giudice dell'appello in effetti si sarebbe pronunciato nel merito con possibile interferenze con la posizione degli altri coimputati appellanti.

Di conseguenza, la soluzione più prudente sarebbe quella di non disporre la separazione delle posizioni e definire, con un solo provvedimento, tutte le impugnative avanzate, anche al costo di procedere unicamente nella forma dibattimentale.

Quanto al regime impugnatorio della sentenza di appello, non vi è menzione nel testo della riforma di alcuna limitazione, pertanto si deve ritenere operativo l'ordinario regime di cui al Titolo III del codice di rito.

Occorre però precisare che la precedente giurisprudenza aveva già chiarito i rapporti tra il disposto di cui all'art. 609, co. 2, c.p.p. e gli effetti della rinuncia ex art. 599, co. 4, c.p.p. La S.C. aveva difatti affermato che, se da un lato la corte può sempre decidere su questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado, non si poteva, dall'altro, ignorare la struttura del giudizio di impugnazione.

Si è ritenuto che l'art. 599, co. 4, c.p.p. conferisse al potere dispositivo delle parti un effetto irretrattabile nella delimitazione dell'ambito di cognizione del giudice di legittimità, determinando pertanto il passaggio in giudicato degli altri capi e punti della sentenza e dunque la preclusione di doglianze ulteriori, anche se relative a vizi insanabili quali nullità assolute ed inutilizzabilità¹².

Occorrerà, dunque, verificare se questa scelta interpretativa verrà ribadita anche alla luce dell'attuale 599-*bis* c.p.p.

¹² Cfr. Cass., sez. 1, n. 43721 del 15/11/2007 – dep. 23/11/2007, Grillo e altro, Rv. 23868701

3. La rinnovazione dell'istruttoria in caso di appello avverso sentenza di proscioglimento

Con l'inserimento del comma 3 *bis* nel corpo dell'art. 603 del codice di procedura, è adesso disposta come ipotesi necessaria di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale il caso della proposizione dalla parte pubblica, soccombente, di motivi di gravame concerni la valutazione della prova dichiarativa.

In tali casi, dunque, la rinnovazione prescinde dalla stima della sua indispensabilità operata dal giudice dell'impugnativa ed opera esclusivamente in presenza di sentenza di proscioglimento.

Il legislatore del 2017 ha così introdotto una nuova garanzia processuale in favore dell'imputato, assolto in primo grado, al quale viene ora assicurato che un eventuale capovolgimento della statuizione emessa nei suoi confronti debba comunque passare per una replicazione dell'istruttoria compiuta in precedenza.

Ed invero, si tratta non solo di garantire che il giudice dell'appello decida sulla base dello stesso materiale istruttorio del grado precedente, ma anche di valorizzare in modo quanto mai significativo l'immediatezza e l'oralità del processo penale, nonché il contraddittorio delle parti nella formazione della prova.

In tal modo, difatti, la prova verrà nuovamente formata, in via diretta, innanzi al giudice fornendo al contempo ad accusa e difesa un'ulteriore occasione di confronto ed approfondimento, memori anche della cross examination che vi fu a suo tempo in primo grado.

È evidente, però, la matrice europea della modifica avendo il legislatore adeguato il *dictum* normativo alle prescrizioni scaturenti dalla giurisprudenza C.E.D.U. – tra le ultime pronunce quella Dan c. Moldavia del 05/11/2011 – già recepita da quella nazionale, tra l'altro, con la sentenza Dasgupta delle S.U. 2016.

L'intervento, ad ogni buon conto, precisa che la rinnovazione va disposta solo nel caso di impugnato proscioglimento, e non nell'ipotesi inversa laddove il gravame miri a capovolgere da condanna ad assoluzione. Un simile dilemma era cominciato ad emergere in talune sporadiche pronunce della S.C., quasi la ripetizione dell'istruttoria dovesse assurgere a regola generale¹³.

Dubbi, però, che emergono ad una prima lettura sono molteplici e connessi alla non esatta coincidenza tra quanto affermato in sede giurisprudenziale e quanto ora sancito dal comma 3-*bis* in esame.

Il principio di diritto espresso dalle S.U., invero, circoscriveva l'obbligo di rinnovazione per i soli soggetti che avevano reso dichiarazioni «ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado»¹⁴, mentre la norma nella sua attuale formulazione pare lapidaria, prescrivendo la ripetizione dell'istruttoria in via automatica e totale.

Anche il *dictum* della Corte E.D.U., a ben vedere, ha una portata molto meno stringente di quanto possa apparire *prima facie*, avendo la stessa ritenuto che la violazione dell'art. 6, in ogni caso, non sussista se, in una visione complessiva di sistema, l'ordinamento assicura comunque «adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti («the existence of ... safeguards against arbitrary or unreasonable assessment of evidence or establishment of the facts»: § 50)»¹⁵.

Secondo taluni, dunque, basterebbe a rendere convenzionalmente conforme il sistema impugnatorio già soltanto un effettivo aggravio dell'onere motivazionale da parte del giudice di secondo grado – principio, invero, allo stato accolto in giurisprudenza sin dalla sentenza S.U. n. 45276/03, Andreotti, in tema di *motivazione rafforzata* per la condanna in appello.

D'altra parte, tuttavia, l'intervento normativo risponde adeguatamente alle istanze di fonte convenzionale nella misura in cui assicura il controllo, da parte della Cassazione, sul rispetto delle garanzie imposte al giudice dell'appello laddove abbia ribaltato la decisione di primo grado.

La sentenza, invero, sarà facilmente ricorribile per violazione di legge processuale qualora non si sia proceduto a rinnovazione senza doversi rifare, invece, alla deduzione del vizio di cui alla lett. e) dell'art. 606 c.p.p. che in taluni casi potrebbe anche apparire una palese forzatura del dato normativo – la motivazione, in effetti, potrebbe essere del tutto logica, congrua e coerente pure in assenza di rinnovazione¹⁶.

In primo luogo, occorrerà attendere l'intervento della giurisprudenza di legittimità per delimitare esattamente la nozione di motivi attinenti alla prova dichiarativa data la formulazione alquanto generica.

Certamente devono intendersi ricompresi i casi in cui venga contestata la valutazione della testimonianza assunta, ma altrettanto coperte dovrebbero ritenersi anche le ipotesi di impugnativa delle statuizioni del giudice di primo grado in ordine ai riscontri di cui al co. 3 dell'art. 192 c.p.p. – ma cosa, laddove i riscontri non siano normativamente richiesti, come nel caso della persona offesa?

Altro aspetto da chiarire è se la rinnovazione debba essere disposta sempre, ovvero solo nel caso in cui l'accoglimento del motivo di ricorso comporti necessariamente il capovolgimento della pronuncia di primo grado. Ben può capitare, in effetti, che anche diversamente valutando quella determinata deposizione, il complesso probatorio – tra prove documentali e dichiarative – porti comunque a sorreggere un proscioglimento, o a non essere sufficiente per una condanna.

¹⁵ Cfr. C.E.D.U., Kashlev v. Estonia, 26 aprile 2016, ric. n. 22574/08.

¹⁶ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18.5.2017.

¹³ Cfr. Cass., sez. 2, n. 32619 del 24/04/2014, Pipino, Rv. 260071.

¹⁴ Cfr. Cass., sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 – dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 26749101.

Un primo esame cartolare, in tal senso, potrebbe consentire al giudice dell'impugnativa di effettuare detto scrutinio; tuttavia, il dato testuale pare al contrario deporre per un'ipotesi vincolata ed automatica di rinnovazione.

Sul punto, come si è visto, l'indicazione fornita dalla sentenza Dasgupta limitava la rinnovazione alle sole prove dichiarative ritenute decisive, con ciò riferendosi a quelle che hanno determinato o anche solo contribuito a determinare l'assoluzione e che, se espunte, sono idonee ad incidere sull'esito del giudizio o che, dall'altra parte, nella prospettiva dell'appellante sono considerate rilevanti ai fini della condanna¹⁷. Le S.U. avevano così delineato un ambito operativo dell'obbligo processuale particolarmente ampio, ma comunque parametrato al concetto di necessità del co. 3 dell'art. 603 c.p.p.

C'è da domandarsi, allora, quale sarà l'interpretazione che la giurisprudenza di legittimità darà del nuovo co. 3 *bis*: se la riterrà ipotesi del tutto autonoma con una portata applicativa comprensiva di tutta l'istruttoria (quantomeno per le prove dichiarative), oppure *species* del co. 3 e dunque presunzione *iuris et de iure* di necessità, e se in questo caso riterrà poi di limitarla alle sole prove dichiarative oggetto di motivo di appello del P.M.

La formulazione testuale del comma in esame, invero, non consentirebbe una delimitazione dell'istruttoria che andrebbe, così, integralmente ripetuta quanto a prove dichiarative, anche a prescindere dai motivi di gravame. In ogni caso, non essendo stato modificato l'art. 597 c.p.p., rimanendo pertanto ferma la natura devolutiva della cognizione, una lettura ragionata del co. 3-*bis*, potrebbe comunque consentire di ridimensionare le incombenze istruttorie in relazione all'estensione del devolutum – rimanendo perciò escluse quelle prove attinenti a capi e punti non impugnati o inammissibili.

Ed infine, ulteriore aspetto degno di attenzione riguarda le conseguenze in caso di impossibilità nella rinnovazione. Secondo i principi espressi dalle S.U., il ribaltamento in tale ipotesi sarebbe precluso ferma restando, però, la possibilità per il giudice dell'impugnativa di sondare le ragioni per le quali non si è proceduto all'escussione del teste. Assume rilievo, difatti, la volontà da parte del teste di favorire l'imputato, così come pressioni o minacce esercitate a suo danno.

Tale aspetto, tuttavia, è stato del tutto tralasciato dal legislatore, dimostrandosi alquanto affrettato nella redazione della norma.

La scelta riformatrice, nel suo intento di frettolosa normazione di quanto emerso in giurisprudenza, si espone anche ad ulteriori rilievi critici.

Come sopra accennato, invero, non risulta del tutto pacifica la limitazione del principio di rinnovazione ai soli casi di ribaltamento della decisione di proscioglimento di primo grado e non anche in quello della conferma di una pronuncia di condanna¹⁸.

Si è rilevato che In entrambe le ipotesi ci si confronta pur sempre con una statuizione di responsabilità dell'imputato e, pertanto, se un giudizio meramente cartolare non è ritenuto idoneo per l'un caso, altrettanto dovrebbe valere per il secondo. Né, poi, si potrebbe ragionevolmente affermare che vi sia un diverso grado di affidabilità essendo ambedue le tipologie di pronuncia egualmente soggette ad errore.

Ancora più irragionevole e paradossale risulta il diverso trattamento processuale se si guarda attentamente il meccanismo introdotto dalla riforma alla luce del divieto di *reformatio in pejus* e della parità delle parti. Con il quadro normativo così delineato, invero, il pubblico ministero avrà un efficace strumento per cercare di ribaltare la sentenza di primo grado, mentre non altrettanto si può affermare nel caso di soccombenza dell'imputato.

In tema, si osserva che nel corpo motivazionale della sentenza S.U. 27620/16, l'onere della rinnovazione viene riconnesso, tra le altre cose, anche al superamento del ragionevole dubbio, presupposto essenziale per la condanna. Proprio per tale ragione, invero, si pone la necessità di replicare l'andamento del giudizio di primo grado con una totale riesplorazione dell'oralità, immediatezza e contraddittorio nella formazione della prova.

È evidente l'angolo prospettico dal quale muove la S.C., ovvero quella della motivazione e della sua adeguatezza in relazione ai principi costituzionali e sovranazionali. Si afferma in sentenza, per l'appunto, che «nel modello di giudizio ordinario, «contraddittorio», «oralità», «immediatezza» nella formazione della prova e «motivazione» del giudice di merito sono entità strettamente correlate»¹⁹.

Tuttavia gli stessi principi rappresentano altresì un presidio inestimabile per il concreto ed effettivo esercizio del diritto di difesa. D'altra parte, tale aspetto è dalle stesse S.U. implicitamente riconosciuto laddove affermano che «dal lato dell'imputato assolto in primo grado, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa precedentemente assunta sacrifica una efficace confutazione delle argomentazioni svolte nell'appello del p.m. che possa trarre argomenti dall'interlocazione diretta con la fonte le cui affermazioni siano state poste a sostegno della tesi di accusa»²⁰.

Ma un interesse di eguale intensità sussiste anche nell'ipotesi inversa: a fronte di una condanna, la di-

¹⁸ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *op. cit.*

¹⁹ Cfr. Cass. Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 – dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 26749101.

²⁰ Cfr. Cass. Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 – dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 26749101, p. 12.

¹⁷ Cfr. Cass., sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 – dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 26749101.

fesa cercherà nel giudice dell'appello una diversa valutazione della prova dichiarativa, apprezzamento che non può ritenersi egualmente approfondito se svolto esclusivamente in via meramente cartolare.

4. La rescissione del giudicato

Con il co. 71 dell'art. 1 della l. 103/17, l'istituto recentemente introdotto della rescissione trova ora una diversa collocazione sistematica e muta, al contempo, l'A.G. funzionalmente competente.

La rescissione viene dal legislatore del 2017 posta all'interno del Titolo IV del Libro IX, ovvero nella sezione propria della revisione, di cui al precedente art. 629 c.p.p. È evidente che una simile scelta voglia in primo luogo rimarcare la natura di mezzo straordinario di impugnazione, oltre che rimettere la relativa cognizione in capo alla corte di appello.

Come già si è detto, la riforma ha avuto tra i suoi principali propositi quello di razionalizzare il sistema impugnatorio, procedendo non solo ad una revisione di talune norme processuali ma anche a predisporre le basi per una diversa ripartizione del contenzioso tra le varie autorità giudiziarie.

Analogamente a quanto accaduto in tema di archiviazione, invero, il legislatore ha così sgravato la Corte di Cassazione dei procedimenti per rescissione, prima collocato nel 625-ter c.p.p. tra le competenze del giudice di legittimità.

Più in generale, si è voluto evidenziare il carattere residuale del ricorso in Cassazione e la funzione prevalentemente normofilattica della Corte ma, accanto a questo obiettivo di politica giudiziaria, si è altresì inteso rimettere unicamente in capo alla corte di appello la competenza a giudicare sulla correttezza formale e sostanziale del giudicato.

Anche la rescissione, difatti, è mezzo idoneo a rivolgere il giudicato ed a far rivivere la vicenda processuale, analogamente alla revisione; i due istituti vengono così messi in continuità tra loro, completandosi reciprocamente e garantendo un sistema adeguato di rimedi avverso giudicati illegittimamente formati. Da un lato, la revisione per i casi in cui si sia pervenuti indebitamente ad una condanna, dall'altro la rescissione nell'eventualità in cui il processo si sia celebrato nell'assenza incolpevole dell'imputato.

Venendo alla disciplina positiva, la modifica non ha significativamente mutato l'istituto, più che altro lo ha adattato alla diversa A.G. competente. Si precisa, dunque, il rito camerale nelle cui forme si procederà all'analisi del ricorso e si conferma, in caso di esito positivo, la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, salve le facoltà del 489 co. 2 c.p.p.

Di maggiore spessore, invece, il richiamo all'art. 635 c.p.p. che consente alla corte d'appello di disporre in qualunque momento la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura cautelare, eventualità normativamente non contemplata nella precedente formula-

zione, ma comunque affermata in via giurisprudenziale con le S.U. Burba del 2014²¹.

Giova evidenziare che il parametro valutativo individuato dalla giurisprudenza è stato sinora ancorato alla «esistenza di situazioni in cui appaia verosimile l'accoglimento della domanda [...] e la conseguente revoca della condanna»²², avendo l'istituto carattere eccezionale.

La deroga all'obbligatorietà dell'esecuzione, invero, è posta dal legislatore in quanto tesa ad evitare – quanto prima possibile – il protrarsi di una condanna probabilmente ingiusta²³; ciò, però, non significa neppure dall'altra parte che sia richiesta la prova palese della fondatezza dell'istanza di revisione.

Occorrerà dunque verificare se tale interpretazione verrà estesa anche in riferimento alla rescissione, certamente connotata da una maggiore pregnanza processuale rispetto all'istituto di cui all'art. 629 c.p.p. In questi casi, difatti, la domanda è volta ad invalidare il giudicato in quanto ingiusto lo svolgimento del processo, ma l'accoglimento della stessa non comporta necessariamente l'assoluzione.

Le due ipotesi ora accomunate sotto il Titolo IV, in effetti, muovono da premesse e fini significativamente diversi: la revisione, tesa a revocare un'ingiusta condanna, in caso di esito favorevole si concluderà con il proscioglimento; la rescissione, preordinata invece alla garanzia dell'effettiva partecipazione dell'imputato, nell'ipotesi dell'accoglimento comporterà la celebrazione di un ulteriore giudizio di merito, ripartendo dal primo grado.

Che gli istituti in esame non siano esattamente sovrapponibili, d'altra parte, lo si coglie anche in riferimento al diverso *modus procedendi* che il legislatore ha comunque ritenuto di mantenere distinti.

Sotto la vigenza della precedente normativa, come sopra anticipato, la S.C. aveva già affermato la possibilità di sospendere provvisoriamente l'esecuzione, facendo leva su una «ineludibile lettura di sistema»²⁴. Sebbene la stessa Corte rilevasse che l'eventualità non era espressamente sancita dal 625-ter c.p.p., altre norme connotate da una *ratio* analoga prevedevano detta sospensione per casi di eccezionale gravità, onde evitare «lesioni di aspettative del richiedente, incidenti sulla libertà personale, che appaiano *prima facie* fondate»²⁵.

Vi è, allora, da chiedersi se l'intento del legislatore del 2017 non sia stato anche quello di offrire un

²¹ Cfr. Cass. S.U., n. 36848 del 17/07/2014 – dep. 03/09/2014, Burba, Rv. 259991.

²² Cfr. Cass., sez. F, n. 35744 del 20/08/2004 – dep. 31/08/2004, P.G. in proc. Galeone ed altri, Rv. 22954601.

²³ Cfr. Cass., sez. 1, n. 30843 del 01/04/2004 – dep. 14/07/2004, Piro, Rv. 22884701.

²⁴ Cfr. Cass., S.U., n. 36848 del 17/07/2014 – dep. 03/09/2014, Burba, Rv. 259991.

²⁵ Cfr. Cass., S.U., n. 36848 del 17/07/2014 – dep. 03/09/2014, Burba, Rv. 259991.

espresso aggancio normativo al criterio ermeneutico già emerso in giurisprudenza – quello per l'appunto dei casi di eccezionale gravità per istanze *prima facie* fondate.

Ad ogni buon conto, con il richiamo al citato art. 635 c.p.p. l'A.G. precedente ha ora la possibilità di applicare una misura cautelare contestualmente alla sospensione, operando in concreto un più completo bilanciamento tra le diverse istanze. Il riferimento al profilo cautelare, difatti, era del tutto carente nel previgente sistema normativo, schiacciato nell'alternativa secca tra sospensione/cessazione dell'esecuzione, da un lato, e la sua conferma, dall'altro.

In tal senso, invero, risulta ancor più coerente la rimessione della competenza in capo alla corte di appello, giudice non solo di legittimità ma anche di merito – e dunque capace di quell'apprezzamento sul fatto per le valutazioni di cui agli artt. 273 e ss. c.p.p.

Va infine segnalato che ulteriore effetto scaturente dalla modifica in esame riguarda il piano più strettamente procedimentale, dal momento che il richiamo ora operato al rito camerale di cui all'art. 127 c.p.p. assicura alle parti la facoltà di intervenire direttamente. Diversamente sotto la vigenza dell'art. 625-ter c.p.p., con la sentenza S.U. n. 36848/2014, la Cassazione aveva ritenuto di poter procedere senza la loro partecipazione, stante l'assenza di una specifica indicazione normativa.

5. Le modifiche in tema di partecipazione a distanza

Significative sono state anche le modifiche apportate alla disciplina della partecipazione a distanza consistite, in particolare, in una riscrittura dei primi commi dell'art. 146-bis delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, oltre che nell'inserimento dei commi 1-ter ed 1-quater.

Si assiste in tal modo ad un vero e proprio capovolgimento prospettico rispetto alla normativa previgente, divenendo la videoconferenza vera e propria regola generale, o quantomeno in via tendenziale.

Questo mutamento è facilmente percepibile già dall'incipit della norma, come riformulata, che fa ora riferimento non al tipo di procedimento, bensì allo stato di detenzione del soggetto che deve presenziare in udienza.

È il titolo custodiale o detentivo a determinare il regime della partecipazione a distanza, e non il tipo di reato oggetto del processo.

È così stato delineato «quello che potemmo definire uno statuto processuale del detenuto – in attesa di giudizio o condannato, non necessariamente in via definitiva – per reati in materia di criminalità organizzata, spostando l'accento dall'oggetto del procedimento in corso [...] alla causa della detenzione»²⁶

²⁶ Cfr. S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in PIERPAOLO RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla ri-*

In secondo luogo, l'estensione della videoconferenza va ora al di là della veste processuale assunta dalla persona ristretta, prescindendosi dal fatto che sia imputato – anche eventualmente libero per quella causa – o solo testimone, così come del tipo di procedimento in atto – sia esso penale, anche quando di tipo camerale o abbreviato ex artt 45 e 131 disp. att. c.p.p., che civile o di prevenzione.

Tali disposizioni saranno operative decorso un anno dalla pubblicazione della riforma, salvo i procedimenti in fase dibattimentale per le persone in stato di detenzione per i delitti di cui agli artt. 270-bis, primo comma, e 416-bis, secondo comma, del codice penale, nonché di cui all'articolo 74, comma 1, del d.p.r. n. 309/90.

Alla luce dell'attuale quadro normativo, in definitiva, bisogna distinguere a seconda che sia necessario l'intervento di:

- soggetti che si trovano ristretti per taluno dei delitti di cui all'art. 51, co 3-bis, o 407, co. 2 lett. a) n. 4, c.p.p.

Per costoro la partecipazione è sempre a distanza; tuttavia, il comma 1 *ter* contempla la possibilità per il giudice, discrezionalmente, di disporre con decreto motivato la presenza in udienza laddove lo ritenga necessario.

Tale deroga non opera, però, nei casi di cui al 41-bis l.o.p.

La disposizione si applica anche nel caso di imputati ammessi a misure di protezione, a prescindere dal loro stato detentivo.

- soggetti che si trovano ristretti per altro titolo di reato.

La regola generale in questi casi rimane l'intervento diretto in aula, mentre è possibile per il giudice derogarvi con decreto motivato ordinando il collegamento in videoconferenza laddove ricorrano le esigenze specificamente indicate dalla norma, ovvero:

- ragioni di sicurezza;
- particolare complessità del dibattimento e necessità di evitare ritardi;
- assunzione di una testimonianza di un soggetto a qualunque titolo ristretto in istituto penitenziario;

Le motivazioni che nella precedente normativa consentivano la videoconferenza per i procedimenti dei delitti di cui all'art. 51, co 3-bis, o 407, co. 2 lett. a) n. 4, c.p.p., dunque, sono ora richiamate per i detenuti c.d. comuni, sebbene con alcune rilevanti modifiche.

Va evidenziato che diversamente dal passato, ora la norma si riferisce a ragioni di sicurezza non necessariamente caratterizzate in quanto gravi, espressione ancora una volta del chiaro intento di estendere maggiormente la portata applicativa della deroga.

forma Orlando, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 9.

Altro significativo elemento di discontinuità riguarda il testimone, per il quale il collegamento è sempre disposto – e non più ove possibile.

Coerentemente con tale quadro complessivo, il co. 2 come modificato ha notevolmente semplificato gli adempimenti preliminari alla videoconferenza. Non solo, difatti, non è più previsto il termine di almeno 10 giorni per la notifica alle parti – di certa utilità, in quanto consentiva alla difesa tecnica di decidere se partecipare in remoto anch'essa o meno – ma è altresì garantito solo un mero onere di comunicazione, senza specificare la natura del provvedimento da notificare – se decreto motivato o ordinanza, come in passato.

Con specifico riferimento, poi, all'udienza camerale occorre necessariamente coordinare il nuovo testo dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. con quanto previsto dall'art. 309 c.p.p. a seguito della l. 47/2015. In particolare, il co. 8-*bis* introdotto nel 2015 ha limitato il diritto a comparire personalmente al solo imputato che ne abbia fatto tempestivamente richiesta. Tuttavia, vista l'attuale disciplina normativa, si deve ritenere del tutto equiparata alla presenza fisica quella virtuale attraverso videoconferenza²⁷ – soluzione questa, invero, già avallata dalla S.C. con la sentenza Grande Aracri del marzo 2016²⁸.

Al di là del profilo strettamente amministrativo, la modifica del comma in esame di fatto rimarca l'opzione ideologica sottesa alla riformulazione dell'art. 146-*bis*, ovvero che la partecipazione a distanza diviene ora regola generale, per lo meno per taluni categorie di soggetti.

Alla luce della normativa così delineata, si avverte chiaramente l'intento perseguito dal legislatore di rendere più efficiente il sistema giustizia e, soprattutto, meno costoso – inevitabilmente, difatti, la presenza fisica in aula nei giorni d'udienza di soggetti sottoposti a regime detentivo implica un certo esborso di risorse e mezzi.

Non altrettanto palese, invece, è l'esigenza di assicurare il rispetto dell'oralità e dell'immediatezza del processo penale, corollari essenziali del giusto processo di tipo accusatorio.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha affermato con decisione che alla luce dei principi della carta fondamentale sussiste la necessità di garantire una piena partecipazione al processo, la quale può anche eventualmente espletarsi attraverso strumenti telematici, disconoscendo al contempo un'indispensabile correlazione tra difesa e presenza fisica in udienza²⁹; soluzione, invero, che ha trovato conferma anche in sede europea con la sentenza C.E.D.U. n. 310/07.

²⁷ Cfr. A. GATTO, *La partecipazione a distanza al giudizio cautelare dopo la l. 103/2017*, in *il Penalista*, 26.7.2017

²⁸ Cfr. Cass. Cass. pen., sez. I, 17 marzo 2016, n. 49284, Grande Aracri.

²⁹ Cfr. Corte Cost., sent. n. 342 del 1999.

Il giudice delle leggi, già con la menzionata sentenza del 1999, ha rilevato che costituzionalmente necessaria è "l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici [...] siano del tutto idonei a realizzare quella partecipazione"³⁰. Che ciò, poi, avvenga attraverso un intervento diretto o solo in remoto è questione secondaria.

Il dato normativo, a dire della corte, traccia un esauriente sistema di risultati, in linea con il livello minimo di garanzie difensive di cui all'art. 24 Cost.; eventuali censure riguardano piuttosto le difficoltà operative conseguenti. Tuttavia, il monito della corte è quello di non confondere "la struttura della norma e la configurazione del diritto con le modalità pratiche attraverso le quali la norma può in concreto svolgersi e il diritto essere esercitato"³¹.

L'eventuale rischio di compressione della difesa, invero, non deriva dalla disposizione astratta – conforme ed adeguata al dettato costituzionale – ma, al più, dalle sue effettive modalità di applicazione, e perciò da circostanze estranee al giudizio di legittimità costituzionale.

Analogamente, anche la corte E.D.U. si è pronunciata nell'escludere profili di incompatibilità della videoconferenza con la Convenzione. La questione è stata specificamente trattata con la sentenza del 5 ottobre 2006, nel caso Viola c. Italia.

Ha osservato il giudice sovranazionale che «l'articolo 6 § 3 c) pur riconoscendo ad ogni accusato il diritto di «difendersi personalmente o di avere l'assistenza di un difensore», non ne precisa le condizioni di esercizio [...] lascia così agli Stati contraenti la scelta dei mezzi adeguati per permettere al loro sistema giudiziario di garantirle»³² – sempre che, invero, si tratti di strumenti che assicurino una tutela in via concreta ed effettiva e non meramente teorica o illusoria.

La partecipazione a distanza non viene ritenuta di per sé contraria alla Convenzione, e dall'altra parte la disciplina italiana, per come articolata, non pone la difesa in una posizione di svantaggio sostanziale consentendo all'imputato, invece, la possibilità di esercitare i diritti e le facoltà connesse ad un equo processo.

In tal modo, però, si corre il rischio di far dipendere il rispetto e l'effettività dei principi sopra enunciati – in primis il diritto di difesa – dalla qualità dei mezzi predisposti ed, in definitiva, dagli stanziamenti disposti dal Ministero della giustizia.

Al riguardo, l'esperienza quotidiana dà conto di una realtà giudiziaria assai differenziata sul territorio nazionale, caratterizzata da fortissime sperequazioni e condizioni, a volte, di estrema penuria di risorse.

In secondo luogo, per quanto le moderne tecnologie consentano – e consentiranno sempre più – di rav-

³⁰ Cfr. Corte Cost., sent. n. 342 del 1999.

³¹ Cfr. Corte Cost., sent. n. 342 del 1999.

³² Cfr. Corte E.D.U., sent. n. 310/07, del 5.10.06, Viola c. Italia.

vicinare reale e virtuale, queste rimangono dimensioni ed esperienze mai del tutto sovrapponibili.

La presenza fisica dell'imputato, senza dubbio, assicura maggiormente il pieno esplicarsi del suo diritto di difesa così come, dall'altra parte, garantisce l'immediata percezione da parte del giudice della prova formata nel contraddittorio.

La previgente normativa, considerato il suo maggior rigore, si dimostrava ben consapevole del significativo pericolo di compressione dei diritti fondamentali, e pertanto radicava la teleconferenza alla ricorrenza di esigenze di tutela dell'interesse pubblico, così come declinato nelle tre lettere del co. 1.

La riforma, invece, pare muovere dalla premessa opposta, ovvero che non vi sia alcuna difficoltà nell'esercizio della difesa e nel pieno esplicamento del contraddittorio, non occorrendo effettuare, in definitiva, alcun tipo di bilanciamento. Vi è «una sorta di orgogliosa rivendicazione della validità e legittimità di questa metodologia, senza più alcuna ricerca di “giustificazioni” ulteriori»³³.

Giova inoltre osservare che la giurisprudenza sopra richiamata, anche se favorevole alla piena conformità della normativa della videoconferenza con i valori del giusto processo e del diritto di difesa, muove da premesse che non necessariamente si riscontrano allo stesso modo nella nuova disciplina, specialmente per quanto concerne la menzionata pronuncia del giudice di Strasburgo.

In primo luogo, va rilevato che il caso sottoposto all'attenzione della corte riguardava un procedimento in appello, e proprio sul punto viene asserito in sentenza che «la comparizione personale dell'imputato non riveste in appello la stessa importanza decisiva del primo grado»³⁴. Occorre difatti adattare «le modalità di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione [...] (alle) particolarità del procedimento di cui si tratta; occorre tener conto dell'insieme del processo condotto nell'ordinamento giuridico interno e del ruolo che vi ha svolto la giurisdizione d'appello»³⁵.

Lo stesso bilanciamento di interessi viene da ciò profondamente influenzato, in quanto solo dopo il processo di primo grado le “altre considerazioni”, quali il diritto ad un giudizio in un tempo ragionevole ed il rapido esame delle cause iscritte a ruolo, possono essere tenute in considerazione per valutare se i dibattimenti pubblici siano o meno una necessità³⁶.

Entra nel giudizio di legittimità formulato dalla corte E.D.U. anche il tipo di illecito per il quale si procede, ovvero in quel caso di criminalità mafiosa ri-

tenuto di tale gravità da giustificare l'adozione di misure a tutela dell'ordine pubblico.

Occorrerà dunque verificare se l'orientamento sin qui espresso verrà ribadito anche per procedimenti in primo grado, per soggetti dei commi 1 ed 1-bis in assenza delle ulteriori condizioni prima richieste, nonché per i soggetti non attinti da ipotesi delittuose di specifico allarme sociale di cui al co. 1-*quater*.

Il pericolo di una degenerazione, inoltre, va colto anche in una prospettiva più ampia, relativo anche al significato sociale e costituzionale del processo penale. Secondo taluni, invero, l'ampliamento a dismisura di questi meccanismi, comportando una smaterializzazione del procedimento, fa assumere proprio al momento più alto del processo “una dimensione quasi surreale”³⁷.

Il sistema di deroghe, tuttavia, consente di ridimensionare le perplessità evidenziate e di ricomporre gli interessi contrapposti, rimettendo in mano al giudice il compito di individuare, in concreto, un loro giusto bilanciamento; in tal modo, la normativa si rende capace di adattarsi alle molteplici esigenze che possono emergere, di volta in volta, nelle singole vicende processuali e nelle diverse realtà del Paese.

Si può ritenere, in definitiva, che una simile articolazione della disciplina positiva le consenta agevolmente di sottrarsi in larga parte a rilievi critici in termini di legittimità costituzionale o convenzionale.

6. La definizione per incapacità irreversibile ex art. 72-bis c.p.p.

Con la riforma in commento il legislatore del 2017, nel solco tracciato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 45/15, ha introdotto una distinzione normativa a seconda del carattere e della portata dello stato di infermità mentale cui è affetto l'imputato, differenziandosi ora il regime giuridico a seconda che si tratti o meno di una condizione reversibile.

Le due fattispecie trovano la propria disciplina nel codice di rito rispettivamente agli artt. 71 – come modificato – e 72-bis di nuova formulazione.

La normativa precedente, dunque, continua a rimanere in vigore ma limitatamente alle ipotesi di incapacità processuale reversibile. Pertanto, disposta la perizia in ordine alla capacità di partecipare consapevolmente al processo, il giudice ordina la sospensione del processo sempre che non debba emettere sentenza ex art. 129 c.p.p., laddove ravvisi una causa di immediata declaratoria di non punibilità.

La sospensione, in ogni caso, non preclude del tutto l'attività istruttoria che, invece, può comunque essere svolta per assumere prove idonee a condurre al proscioglimento, così come nel caso in cui vi sia peri-

³³ Cfr. P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, p. 10.

³⁴ Cfr. Corte E.D.U., sent. n. 310/07, del 5.10.06, Viola c. Italia.

³⁵ Cfr. Corte E.D.U., sent. n. 310/07, del 5.10.06, Viola c. Italia.

³⁶ Cfr. Corte E.D.U., sent. n. 310/07, del 5.10.06, Viola c. Italia – punto n. 70.

³⁷ Cfr. G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale*, in *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, di P. RIVELLO, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 10.

colo nel ritardo, sempre su richiesta delle parti.

In tal modo, invero, si evita che l'inerzia processuale scaturita dall'infermità dell'imputato possa precludere una pronuncia a lui più favorevole, di proscioglimento o non doversi procedere; per tale motivo, ai sensi dell'art. 72 co. 2 c.p.p. l'ordinanza di sospensione può sempre essere revocata.

In definitiva, la disciplina positiva prevede, in via generale, che l'attività processuale non possa proseguire in assenza della cosciente e consapevole partecipazione dell'imputato; tale forma di tutela, però, retrocede laddove sia possibile accertare la sua estraneità ai fatti o altra causa di non procedibilità di cui all'art. 531 c.p.p.

Venendo, poi, al caso in cui la perizia disposta ex art. 70 c.p.p. abbia invece riscontrato l'irreversibilità dello stato di incapacità, il giudice è d'ora in avanti tenuto ad emettere una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere – a seconda, evidentemente, della fase processuale in corso.

L'unico caso in cui il procedimento può invece proseguire è quello nel quale sia necessario applicare una misura di sicurezza diversa dalla confisca.

Nell'eventualità in cui la sentenza di non luogo a procedere emessa ex art. 72-bis c.p.p. sia stata adottata sulla base di una diagnosi rivelatasi errata, l'art. 345 c.p.p. come novellato consente la riproposizione dell'azione penale.

La ratio della nuova norma di cui all'art. 72-bis c.p.p. è chiara: laddove l'infermità sia irreversibile è del tutto ingiustificata una sospensione *sine die* del procedimento, preferendosi piuttosto che la vicenda processuale termini quanto prima.

Certamente il legislatore ha tenuto presente quanto recentemente statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 45/17, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 159 co. 1 c.p. nella parte in cui prevede la sospensione della prescrizione anche in caso di incapacità processuale irreversibile.

Sul punto, il giudice delle leggi aveva rilevato che lo scemare dell'interesse della comunità alla punizione delle condotte di reato ed il diritto all'oblio del cittadino – istanze entrambe sottese alla disciplina della prescrizione – non consentivano una protrazione del processo *sine die*. La stessa sospensione, a parere della Corte, si giustifica solo per esigente transeunte, «assimilabile a una parentesi, che una volta aperta deve anche chiudersi»³⁸ – tanto più considerato che tale istituto è previsto in caso di incapacità processuale quale strumento di garanzia, e non a pregiudizio dell'imputato.

Allo stesso tempo si riscontrava un ulteriore profilo di irragionevolezza, dato che i soggetti irreversibilmente deficitati si ritrovano in una condizione di *eterno giudicabile*, di talché solo nei loro confronti il reato non sarebbe mai prescrivibile.

La disposizione di nuova introduzione, tuttavia, si caratterizza meritevolmente per aver fatto propria la preoccupazione espressa dalla Corte, nel corpo della citata sentenza, per i casi di tempi prescizionali particolarmente lunghi; per tale ragione, invero, nella precedente pronuncia n. 23 del 2013 era stato suggerito un apposito meccanismo di definizione procedimentale.

In aggiunta ai profili di criticità della precedente normativa già evidenziati dal giudice delle leggi, la disciplina introdotta presenta certamente un ulteriore fondamento costituzionale da rinvenirsi nell'art. 97 Cost., ovvero nel principio di buon andamento della P.A. e segnatamente, in questo caso, dell'amministrazione della giustizia.

Anche il diritto di difesa e la presunzione di innocenza di cui agli artt. 24 e 111 Cost, devono intendersi richiamati; la partecipazione dell'imputato è presidio imprescindibile per un effettivo esercizio della difesa e la sua menomazione colpisce irrimediabilmente lo stesso accertamento del fatto, per lo meno nelle forme del modello accusatorio, fondato sul contraddittorio delle parti.

La norma, tuttavia, pur stabilendo una disciplina di *favor* non si preoccupa della questione relativa alla responsabilità dell'imputato né, tantomeno, di un suo interesse ad una pronuncia assolutoria. Il profilo processuale – di efficacia ed efficienza del sistema – pare assorbente, in una misura ancora più rigorosa della regola posta dall'art. 129 c.p.p., che comunque ha il contemperamento del 2° comma.

Quanto a natura giuridica, difatti, l'istituto di nuovo conio pare introdurre un'ipotesi di improcedibilità/improseguibilità dell'azione penale. D'altra parte, il tipo di pronuncia che il giudice è tenuto ad adottare è proprio di carattere processuale, come la sentenza di non doversi procedere, o comunque priva dell'idoneità ad un accertamento sostanziale sul fatto, relativamente alla sentenza di non luogo a procedere.

La disciplina così delineata, pertanto, se da un lato pare risolvere definitivamente la questione dei c.d. eterni giudicabili, dall'altro pone alcuni interessanti aspetti di riflessione.

Relativamente al rapporto con l'art. 129 c.p.p., il richiamo operato all'estio della perizia di cui all'art. 70 c.p.p. pare prevenire ogni possibile ipotesi di conflitto.

La scansione processuale, invero, appare chiara: emersi profili di infermità, solo laddove non si debba pronunciare sentenza di proscioglimento o non doversi procedere, potranno essere disposti gli opportuni accertamenti a seguito dei quali si comprenderà se l'incapacità è permanente o meno; ciò vale tanto per il caso di vizio reversibile quanto per quello irreversibile.

Allo stesso modo, sempre il richiamo all'art. 70 c.p.p. – antecedente logico e giuridico della disciplina di cui all'art. 72-bis c.p.p. – copre l'eventualità in cui nel corso dell'espletamento della perizia sia possibile

³⁸ Cfr. Corte Cost., sent. n. 45 del 14.1.2015.

assumere una prova che consenta di pervenire al proscioglimento. D'altra parte, come sopra evidenziato, l'interesse dell'imputato ad una pronuncia liberatoria nel merito prevale su quello meramente formale/processuale.

Tuttavia, una volta terminato l'accertamento peritale, laddove si concluda per l'irreversibilità dello stato d'infermità, il giudice non potrebbe fare altro che prenderne atto e pronunciarsi come stabilito dall'articolo in esame. Ed invero, occorre rilevare che il testo dell'art. 72-bis c.p.p. non rinvia, invece, anche al co. 4 dell'art. 71 e pertanto, seguendo un'interpretazione rigorosamente letterale della norma, non vi sarebbe la possibilità per la difesa – né tantomeno per il curatore – di avanzare alcuna richiesta istruttoria.

In altri termini, dunque, l'interesse dell'imputato ad accertare l'inesistenza del fatto o quantomeno la propria estraneità, viene a questo punto del tutto pretermesso.

Ciò risulta maggiormente problematico laddove il giudice disponga la confisca, che come si è visto è misura di sicurezza applicabile senza rendere necessaria la prosecuzione del processo.

Solo laddove i profili di pericolosità sociale dell'imputato siano di maggiore spessore, difatti, il dato normativo fa ritenere debba proseguire il giudizio.

Il giudice, invero, appreso dell'irreversibilità dello stato, è dapprima tenuto a revocare l'eventuale ordinanza di sospensione – provvedimento assunto non ex art. 71 c.p.p., ora relativo al solo caso dell'infermità temporanea/reversibile, bensì ex art. 70 co. 3 c.p.p.

Fatto ciò, regola generale vuole che venga pronunciata sentenza di non luogo o non doversi procedere.

Il legislatore, tuttavia, esclude tale conclusione del procedimento ove ricorrano i presupposti per l'irrogazione di una misura di sicurezza personale diversa dalla confisca.

In altri termini, a ben vedere, si tratta di una trasposizione di quanto già contemplato dall'art. 425 co. 4 c.p.p. in tema di udienza preliminare. Anche in questo caso, difatti, è precluso al G.U.P. pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe comunque conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca.

D'altra parte è una conseguenza del tutto naturale, considerato che per l'irrogazione di un tal tipo di provvedimento occorre la prosecuzione nel merito, dovendosi accertare l'esistenza obiettiva di un fatto-reato e la pericolosità sociale del non imputabile.

Tuttavia, diversamente da quanto sotteso al citato art. 425 co. 4, in questo caso essendo stato l'imputato capace di intendere e volere al momento del fatto, risulta pienamente imputabile e pertanto il processo potrà anche terminare con l'affermazione della sua penale responsabilità; eventuali interferenze con l'esecuzione della sanzione, poi, dovranno essere risolte successivamente alla luce dell'art. 148 c.p.

Nel caso di confisca, invece, la questione appare maggiormente problematica dal momento che l'attività processuale è del tutto troncata dal legislatore, senza spazio alcuno per la difesa non legittimata, stando al dato testuale, a chiedere l'assunzione di prove o comunque l'ulteriore prosecuzione.

Tale eventualità va opportunamente circostanziata alle sole ipotesi di confisca obbligatoria, stante in ogni caso l'assenza di una condanna. Ciò non toglie che anche in tali casi potrebbe sorgere un concreto interesse dell'imputato ad opporsi al provvedimento ablatorio, si pensi su tutte a quanto indicato in imputazione come *prezzo* del reato, oggetto di apprensione coattiva ex art. 240, co. 2, n. 1), c.p.

7. Norme di riferimento

Vecchio testo

Nuovo testo

Vecchio testo	Nuovo testo
<p>Art. 71. Sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato</p> <p>1. Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento, il giudice dispone con ordinanza che questo sia sospeso, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.</p> <p>2. Con l'ordinanza di sospensione il giudice nomina all'imputato un curatore speciale, designando di preferenza l'eventuale rappresentante legale.</p> <p>3. Contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore nonché il curatore speciale nominato all'imputato.</p> <p>4. La sospensione non impedisce al giudice di assumere prove, alle condizioni e nei limiti stabiliti dall'articolo 70 comma 2. A tale assunzione il giudice procede anche a richiesta del curatore speciale, che in ogni caso ha facoltà di assistere agli atti disposti sulla persona dell'imputato, nonché agli atti cui questi ha facoltà di assistere.</p> <p>5. Se la sospensione interviene nel corso delle indagini preliminari, si applicano le disposizioni previste dall'articolo 70 comma 3. 6. Nel caso di sospensione, non si applica la disposizione dell'articolo 75 comma 3.</p>	<p>Art. 71. Sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato</p> <p>1. Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è reversibile, il giudice dispone con ordinanza che il procedimento sia sospeso, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.</p> <p>2. Con l'ordinanza di sospensione il giudice nomina all'imputato un curatore speciale, designando di preferenza l'eventuale rappresentante legale.</p> <p>3. Contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore nonché il curatore speciale nominato all'imputato.</p> <p>4. La sospensione non impedisce al giudice di assumere prove, alle condizioni e nei limiti stabiliti dall'articolo 70 comma 2. A tale assunzione il giudice procede anche a richiesta del curatore speciale, che in ogni caso ha facoltà di assistere agli atti disposti sulla persona dell'imputato, nonché agli atti cui questi ha facoltà di assistere.</p> <p>5. Se la sospensione interviene nel corso delle indagini preliminari, si applicano le disposizioni previste dall'articolo 70 comma 3. 6. Nel caso di sospensione, non si applica la disposizione dell'articolo 75 comma 3.</p>
	<p>Art. 72-bis. Definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato</p> <p>1. Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca.</p>
<p>Art. 581. Forma dell'impugnazione</p> <p>1. L'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo, il giudice che lo ha emesso, e sono enunciati:</p> <p>a) i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione;</p> <p>b) le richieste;</p> <p>c) i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.</p>	<p>Art. 581. Forma dell'impugnazione</p> <p>1. L'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con l'enunciazione specificata, a pena di inammissibilità:</p> <p>a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione;</p> <p>b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione;</p> <p>c) delle richieste, anche istruttorie;</p> <p>d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.</p>

	<p>Art. 599-bis Concordato anche con rinuncia ai motivi di appello.</p> <p>1. La corte provvede in camera di consiglio anche quando le parti, nelle forme previste dall'articolo 589, ne fanno richiesta dichiarando di concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi. Se i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento comportano una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicano al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo.</p> <p>2. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater.l, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza.</p> <p>3. Il giudice, se ritiene di non poter accogliere, allo stato, la richiesta, ordina la citazione a comparire al dibattimento. In questo caso la richiesta e la rinuncia perdono effetto, ma possono essere riproposte nel dibattimento.</p> <p>4. Fermo restando quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 53, il procuratore generale presso la corte di appello, sentiti i magistrati dell'ufficio e i procuratori della Repubblica del distretto, indica i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti.</p>
<p>Art. 602. Dibattimento di appello</p> <p>1. Nell'udienza, il presidente o il consigliere da lui delegato fa la relazione della causa.</p> <p>2. Se le parti richiedono concordemente l'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello a norma dell'articolo 599 comma 4, il giudice, quando ritiene che la richiesta deve essere accolta, provvede immediatamente; altrimenti dispone la prosecuzione del dibattimento. La richiesta e la rinuncia ai motivi non hanno effetto se il giudice decide in modo difforme dall'accordo.</p> <p>3. Nel dibattimento può essere data lettura, anche di ufficio, di atti del giudizio di primo grado nonché, entro i limiti previsti dagli articoli 511 e seguenti, di atti compiuti nelle fasi antecedenti.</p> <p>4. Per la discussione si osservano le disposizioni dell'articolo 523.</p>	<p>Art. 602. Dibattimento di appello</p> <p>1. Nell'udienza, il presidente o il consigliere da lui delegato fa la relazione della causa.</p> <p>1-bis. Se le parti richiedono concordemente l'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello a norma dell'articolo 599-bis, il giudice, quando ritiene che la richiesta deve essere accolta, provvede immediatamente; altrimenti dispone la prosecuzione del dibattimento. La richiesta e la rinuncia ai motivi non hanno effetto se il giudice decide in modo difforme dall'accordo.</p> <p>2. Se le parti richiedono concordemente l'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello a norma dell'articolo 599 comma 4, il giudice, quando ritiene che la richiesta deve essere accolta, provvede immediatamente; altrimenti dispone la prosecuzione del dibattimento. La richiesta e la rinuncia ai motivi non hanno effetto se il giudice decide in modo difforme dall'accordo.</p> <p>3. Nel dibattimento può essere data lettura, anche di ufficio, di atti del giudizio di primo grado nonché, entro i limiti previsti dagli articoli 511 e seguenti, di atti compiuti nelle fasi antecedenti.</p> <p>4. Per la discussione si osservano le disposizioni dell'articolo 523.</p>

Art. 603. Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale

1. Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585 comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove, il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

2. Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495 comma 1.

3. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria.

4. Il giudice dispone, altresì, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato, contumace in primo grado, ne fa richiesta e prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero, quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado è stato notificato mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli articoli 159, 161 comma 4 e 169, non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento.

5. Il giudice provvede con ordinanza, nel contraddittorio delle parti. 6. Alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, disposta a norma dei commi precedenti, si procede immediatamente. In caso di impossibilità, il dibattimento è sospeso per un termine non superiore a dieci giorni.

Art. 625-ter. Rescissione del giudicato

1. Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

2. La richiesta è presentata, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme dell'articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento.

3. Se accoglie la richiesta, la Corte di cassazione revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2

Art. 603. Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale

1. Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585 comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove, il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

2. Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495 comma 1.

3. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria.

3-bis. Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale

4. Il giudice dispone, altresì, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato, contumace in primo grado, ne fa richiesta e prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero, quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado è stato notificato mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli articoli 159, 161 comma 4 e 169, non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento.

5. Il giudice provvede con ordinanza, nel contraddittorio delle parti. 6. Alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, disposta a norma dei commi precedenti, si procede immediatamente. In caso di impossibilità, il dibattimento è sospeso per un termine non superiore a dieci giorni.

Art. 629-bis. Rescissione del giudicato

1. Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può **ottenere** la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

2. La richiesta è presentata alla **corte di appello** nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento.

3. La corte di appello **provvede ai sensi dell'articolo 127** e, se accoglie la richiesta, revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2.

4. Si applicano gli articoli 635 e 640.

Art. 146-bis disp. att. c.p.p. Partecipazione al dibattimento a distanza.

1. Quando si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 del codice, nei confronti di persona che si trova, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in carcere, la partecipazione al dibattimento avviene a distanza nei seguenti casi:

- a) qualora sussistano gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico;
- b) qualora il dibattimento sia di particolare complessità e la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento. L'esigenza di evitare ritardi nello svolgimento del dibattimento è valutata anche in relazione al fatto che nei confronti dello stesso imputato siano contemporaneamente in corso distinti processi presso diverse sedi giudiziarie;

1-bis. Fuori dai casi previsti dal comma 1, la partecipazione al dibattimento avviene a distanza anche quando si procede nei confronti di detenuto al quale sono state applicate le misure di cui all'articolo 41-bis, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché, ove possibile, quando si deve udire, in qualità di testimone, persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario, salvo, in quest'ultimo caso, diversa motivata disposizione del giudice.

2. La partecipazione al dibattimento a distanza è disposta, anche d'ufficio, dal presidente del tribunale o della corte di assise con decreto motivato emesso nella fase degli atti preliminari, ovvero dal giudice con ordinanza nel corso del dibattimento. Il decreto è comunicato alle parti e ai difensori almeno dieci giorni prima dell'udienza.

3. Quando è disposta la partecipazione a distanza, è attivato un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto. Se il provvedimento è adottato nei confronti di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno è posto altresì in grado, con il medesimo mezzo, di vedere ed udire gli altri.

4. È sempre consentito al difensore o a un suo sostituto di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato. Il difensore o il suo sostituto presenti nell'aula di udienza e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei.

Art. 146-bis disp. att. c.p.p. Partecipazione al dibattimento a distanza.

1. La persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali sia in libertà. Allo stesso modo partecipa alle udienze penali e alle udienze civili nelle quali deve essere esaminata quale testimone.

1-bis. La persona ammessa a programmi o misure di protezione, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata.

1-ter. Ad esclusione del caso in cui sono state applicate le misure di cui all'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-bis del presente articolo qualora lo ritenga necessario.

1-quater. Fuori dei casi previsti dai commi 1 e 1-bis, il giudice può disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza anche quando sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario.

2. Il presidente del tribunale o della corte di assise nella fase degli atti preliminari, oppure il giudice nel corso del dibattimento, dà comunicazione alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza.

3. Quando è disposta la partecipazione a distanza, è attivato un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, con modalità da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto. Se il provvedimento è adottato nei confronti di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno è posto altresì in grado, con il medesimo mezzo, di vedere ed udire gli altri.

4. È sempre consentito al difensore o a un suo sostituto di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato. Il difensore o il suo sostituto presenti nell'aula di udienza e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei.

4-bis. In tutti i processi nei quali si procede con il collegamento audiovisivo ai sensi dei commi precedenti, il giudice, su istanza, può consentire alle altre parti e ai loro difensori di intervenire a distanza assumendosi l'onere dei costi del collegamento.

5. Il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza.

6. Un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza designato dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente è presente nel luogo ove si trova l'imputato e ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. Egli dà atto altresì della osservanza delle disposizioni di cui al comma 3 ed al secondo periodo del comma 4 nonché, se ha luogo l'esame, delle cautele adottate per assicurarne la regolarità con riferimento al luogo ove si trova. A tal fine interpella, ove occorra, l'imputato ed il suo difensore. Durante il tempo del dibattimento in cui non si procede ad esame dell'imputato il giudice o, in caso di urgenza, il presidente, può designare ad essere presente nel luogo ove si trova l'imputato, in vece dell'ausiliario, un ufficiale di polizia giudiziaria scelto tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione con riferimento all'imputato o ai fatti a lui riferiti. Delle operazioni svolte l'ausiliario o l'ufficiale di polizia giudiziaria redigono verbale a norma dell'articolo 136 del codice.

7. Se nel dibattimento occorre procedere a confronto o ricognizione dell'imputato o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona, il giudice, ove lo ritenga indispensabile, sentite le parti, dispone la presenza dell'imputato nell'aula di udienza per il tempo necessario al compimento dell'atto.

5. Il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza.

6. Un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza designato dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente è presente nel luogo ove si trova l'imputato e ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. Egli dà atto altresì della osservanza delle disposizioni di cui al comma 3 ed al secondo periodo del comma 4 nonché, se ha luogo l'esame, delle cautele adottate per assicurarne la regolarità con riferimento al luogo ove si trova. A tal fine interpella, ove occorra, l'imputato ed il suo difensore. Durante il tempo del dibattimento in cui non si procede ad esame dell'imputato il giudice o, in caso di urgenza, il presidente, può designare ad essere presente nel luogo ove si trova l'imputato, in vece dell'ausiliario, un ufficiale di polizia giudiziaria scelto tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione con riferimento all'imputato o ai fatti a lui riferiti. Delle operazioni svolte l'ausiliario o l'ufficiale di polizia giudiziaria redigono verbale a norma dell'articolo 136 del codice.

7. Se nel dibattimento occorre procedere a confronto o ricognizione dell'imputato o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona, il giudice, ove lo ritenga indispensabile, sentite le parti, dispone la presenza dell'imputato nell'aula di udienza per il tempo necessario al compimento dell'atto.

NOVITÀ LEGISLATIVA

Claudia Tordo Caprioli
Avvocato

Il nodo gordiano del termine di prescrizione del reato e la riforma Orlando: un intervento claudicante?

abstract

Italian law n. 103/2017 has recently amended the legal framework of statute of limitations of crimes in order to decrease the number of criminal proceedings which are time-barred by extinctive prescription. The author looks through the flaws of the previous rules, Fiorella Commission proposal and legislative procedure in order to put the legislative changes into context. Then, the paper examines the enacted changes which deal the matter, taking into accounts the critical observations made to the amendment.

keywords

Statute of limitations – Suspension of prescription – Right to a trial within a reasonable time.

abstract

La Legge n. 103/2017 ha recentemente modificato il regime della prescrizione del reato con la finalità di diminuire il numero di procedimenti penali che si concludono con una estinzione del reato per intervenuta prescrizione. L'autore affronta le inefficienze della precedente disciplina, la proposta della Commissione Fiorella e l'iter legislativo per inquadrare la riforma nel contesto. Successivamente, il contributo esamina le modifiche apportate in relazione al tema in esame non tralasciando le osservazioni critiche mosse alla riforma.

parole chiave

Prescrizione – Sospensione della prescrizione – Diritto alla ragionevole durata del processo.

sommario

Premessa dogmatica. – **1.** Evoluzione storica tra riforme e proposte – **2.** Appunti di diritto comparato. – **3.** La riforma Orlando in tema di prescrizione. – **3.1** Innalzamento del tetto massimo dell'effetto interruttivo nei delitti di corruzione *et similia*. – **3.2** Il nuovo *dies a quo* a tutela dei minori. – **3.3** Le modifiche in tema di sospensione della prescrizione. – **3.4** Modifiche soggettive. – **3.5** L'interruzione della prescrizione. – **3.6** Il regime intertemporale. – **4.** Norme di riferimento.

Premessa dogmatica

L'istituto della prescrizione del reato rappresenta da sempre uno dei temi maggiormente controversi del diritto penale, tanto sotto il profilo dogmatico-ontologico, quanto sotto quello tecnico-applicativo.

Diverse sono le problematicità sottese all'istituto, prima fra tutte la sua natura sostanziale ovvero proces-

suale, oggi al centro di un acceso contrasto tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale.

Sul punto, la Consulta, con ord. n. 24/2017¹ ha recentemente riaffermato la natura sostanziale dell'istituto *de quo* che, tuttavia, non è riconosciuto come tale né dalla Corte di Giustizia dell'Unione², né dalla Cor-

¹ Corte Costituzionale, ordinanza n. 24 del del 2017, deposito 26 gennaio 2017 (ud. 23 novembre 2016), Pres. Grossi, Rel. Latanzzi, secondo cui «(i)l regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.».

² Si veda da ultimo CGUE, Grande Sezione, causa C-105/14, *Taricco*, 8.9.2015. In particolare la CGUE sostiene che, proprio alla luce della natura processuale della disciplina sulla prescrizione, la disapplicazione della norma interna che sancisce un tetto massimo all'effetto interruttivo della prescrizione *ex art.* 161 c.p. non viola il principio di legalità penale di cui all'art. 49 CDFUE. Cfr. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167061&doclang=IT>.

te Europea dei diritti dell'uomo³, le quali attribuiscono alla prescrizione del reato mera natura processuale.

In ossequio al principio di legalità penale *ex art.* 25 Cost. i precipitati della valenza sostanziale dell'istituto compendiano tanto il divieto di irretroattività sfavorevole, quanto il divieto di interpretazione analogica *in malam partem* delle cause interruttrive e sospensive del termine tassativamente indicate dal Legislatore.

Nonostante le divergenti ricostruzioni dogmatiche, accogliendo l'interpretazione domestica ribadita dalla Corte Costituzionale il presente contributo adotta come premessa logico-giuridica la natura sostanziale dell'istituto di cui agli artt. 157 e ss. c.p., per cui l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione rappresenta la conseguenza del decorso temporale, in genere decorrente dal *tempus commissi delicti*⁴, una volta spirato il quale si presume⁵ venuta meno l'esigenza di prevenzione generale sottesa alla repressione del reato⁶.

1. Evoluzione storica tra riforme e proposte

Come noto la causa estintiva *de qua* è stata oggetto di una sistematica riforma con la L. n. 251 del 5 dicembre 2005⁷, Legge ex Cirielli, finalizzata ad oggettivizzare *ex ante* la disciplina di riferimento, svincolando il "tempo dell'oblio" dalle imprevedibili valutazioni discrezionali del giudice precedente. In breve la precedente disciplina, strutturata in base a classi di gravità dei reati, determinate per fasce di pena, è stata sostituita dal criterio del massimo edittale stabilito per ciascun reato consumato o tentato e dalla previsione di un termine prescrizionale minimo diversificato tra delitti e contravvenzioni, rispettivamente pari a 6 e 4 anni. In punto di *accidentalità delicti* ai sensi dell'art. 157 c. 2 e 3 c.p. il Legislatore del 2005 ha ritenuto rilevanti le sole aggravanti autonome e ad effetto speciale⁸ quali uniche circostanze incidenti sul massimo edittale

e, quindi, sul termine necessario a prescrivere. Infine, la riforma del 2005 ha introdotto un doppio binario prescrizionale, differenziando la disciplina tra il recidivo e il c.d. autore primario⁹. Nondimeno, *ex art.* 157, c. 6, c.p. il *tempus praescriptionis* è raddoppiato per taluni specifici reati quali incendio o disastro colposo (art. 449 c.p.), omicidio colposo aggravato o plurimo (art. 589 c.p.) nonché per i reati previsti dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.

La dottrina ha mosso alcuni rilievi critici in ordine all'opportunità di correlare il tempo di prescrizione al massimo edittale della pena, atteso che le scelte del Legislatore in ordine a quest'ultimo parametro rappresentano spesso il frutto di una politica sanzionatoria di tipo repressivo piuttosto che una valutazione sulla durata dell'interesse punitivo statale¹⁰.

Nonostante il dato statistico abbia restituito la diminuzione dei procedimenti penali conclusi per estinzione del reato dovuta al maturare della prescrizione¹¹, l'istituto in esame ha continuato a evidenziare criticità di sistema tali da necessitare una rivisitazione strutturata dell'intera disciplina normativa.

L'esigenza riformista è tenuta a fronteggiare due esigenze contrapposte: da un lato la necessità di garantire tempi sufficienti per rendere effettiva la macchina giudiziaria, dall'altro l'esigenza di evitarne una dilatazione eccessiva, finendo poi per frustrare il diritto ad una ragionevole durata del processo¹².

Così sintetizzati i due interessi in bilanciamento mette conto compiere un'ulteriore riflessione: l'eccessivo allontanamento dell'intervento penale dal *tempus commissi delicti* è fonte di una «difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto medesimo e correlativi ostacoli all'esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato»¹³.

⁹ G. FIANDACA E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale.*, cit.

¹⁰ D. PULITANÒ, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice penale e all'ordinamento penitenziario*, Giurisprudenza Penale Web, 2017, p. 3. Per una compiuta analisi critica della legge ex-Cirielli nella parte relativa alla prescrizione cfr. BALBI G., *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, in *Scritti in onore di Alfonso Stile*, 2013, pp. 386 ss..

¹¹ F. TOMASELLO, *Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 dicembre 2013, reperibile in <http://www.penalecontemporaneo.it/dl/2697-per-una-riforma-della-prescrizione-le-opzioni-sul-tappeto>, nel quale si sottolinea che il trend crescente registrato dal 2005 al 2007 può essere letto come il risultato della disciplina transitoria di cui all'art. 10 c. 3 della Legge n. 251/2005 per come modificata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 393 del 23 ottobre 2006, dep. 23.11.2006, Pres. Bile, Rel. Quaranta.

¹² Si rammenta lo statuto multilivello di cui gode il diritto menzionato, consacrato *ex multis* agli artt. 111 Cost, 6 CEDU, 47 par. 2 CDFUE. Trattasi di prerogativa funzionale ad evitare che le inefficienze del sistema giudiziario ricadano sull'indagato/imputato, assoggettando quest'ultimo ad una sanzione penale anticipata nelle more del processo.

¹³ Commissione Fiorella - per lo studio di possibile riforma della prescrizione, 23 aprile 2013 - Relazione, http://www.giustizia.it/giustizialit/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_8_1&contentI-

³ Cfr. E.Ct.H.R., Section II, *Coëme and others v. Belgium*, Appl. nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22 June 2000, menzionato in CUCCI C., *Alcune perplessità a margine della recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul caso "Taricco"*, 17 dicembre 2015, reperibile in <http://www.magistraturaindipendente.it/alcune-perplessita-a-margine-della-recen-te-sentenza-della-corte-di-giustizia-dellunione-eu.htm>.

⁴ Cfr. art. 158 c.p..

⁵ «La prescrizione si basa tutta su di una presunzione, la presunzione che col decorso del tempo sia cessato l'interesse a punire e siano disperse e guaste le prove del reato. Ora è evidente che questa presunzione può non corrispondere alla realtà [...] vorremmo che la cessazione dell'interesse a punire fosse non una presunzione ma una realtà» così in Florian Eugenio, *Trattato di diritto penale. Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1910.

⁶ G. FIANDACA E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale.*, VI ed., p. 792.

⁷ *Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione.*

⁸ Sul punto si noti il recente intervento nomofilattico in tema di circostanze indipendenti Cass., sez. un., sent. 27 aprile 2017 (dep. 9 giugno 2017), Pres. Canzio, Rel. Gallo, ric. S.A.

D'altro canto, ad una disamina pratico-operativa è evidente anche l'esigenza di evitare lo «spreco di energie processuali», limitando i casi di estinzione del reato per intervenuta prescrizione verificatasi all'esito di accertamenti giurisdizionali complessi e spendiosissimi.

Ai fini di una compiuta disamina *de iure condito et condendo* del tema in esame, non può dimenticarsi l'acclarata polifunzionalità dell'istituto prescrizionale. In particolare si è constatato che nella prassi la prescrizione del reato assolve anche una finalità acceleratoria, in termini analoghi al termine massimo della custodia cautelare di cui all'art. 304 c.p.p., imponendo all'Autorità Giudiziaria di organizzare l'agenda lavorativa e di scadenze le udienze in funzione del tempo di prescrizione del reato contestato.

Le inefficienze dell'attuale impianto normativo sono emerse, infine, anche in relazione alla tutela dei diritti umani salvaguardati dalla CEDU¹⁴. Concisamente, in relazione ad alcuni diritti fondamentali la Convenzione impone allo Stato firmatario non soltanto obblighi positivi di matrice sostanziale, ma anche *procedural obligations*, il cui adempimento, a parere della Corte di Strasburgo, è talvolta osteggiato dal precoce maturare della prescrizione¹⁵.

Ai fini di un'analisi critica della portata della Legge n. 103 del 2017, tra le molteplici proposte di riforma susseguitesi nel tempo a seguito della Legge ex-Cirielli¹⁶, assume primario rilievo il lavoro della Com-

d=SPS914317.

¹⁴ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950.

¹⁵ E.g. l'art. 2 obbliga lo Stato firmatario ad attivare una procedura tempestiva ed effettiva volta alla sanzione dei responsabili della violazione del diritto alla vita. Nel 2011, nel caso *Alikaj and others v. Italy*, la Corte ha riconosciuto nella disciplina della prescrizione un effetto ostativo rispetto all'obbligo procedurale gravante sullo Stato italiano. Cfr. E.Ct.H.R., Section II, *Alikaj and others v. Italy*, 29 marzo 2011, ric. n. 47357/08. Cfr. par. 111: «La Cour estime que, loin d'être rigoureux, le système pénal tel qu'il a été appliqué en l'espèce ne pouvait engendrer aucune force dissuasive propre à assurer la prévention efficace d'actes illégaux tels que ceux dénoncés par les requérants. Dans les circonstances particulières de l'affaire, elle parvient ainsi à la conclusion que l'issue de la procédure pénale litigieuse n'a pas offert un redressement approprié de l'atteinte portée à la valeur consacrée à l'article 2 de la Convention». Nel 2014 tali argomentazioni sono state confermate dalla Corte europea nel caso *Saba c. Italia* relativo alla condanna per il reato p. e p. all'art. 608 c.p., rilevante ai fini della Convenzione in tema di divieto di tortura ex art. 3 CEDU, cfr. E.Ct.H.R., *Saba v. Italy*, Appl. n. 36629/10, 1.7.2014.

¹⁶ Tra queste, in disparte rispetto alle proposte dottrinali, si annoverano la proposta della Commissione Pisapia, istituita il 27 luglio 2006, con relazione del 19 novembre 2006, reperibile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=4_57&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47445. Sempre il 27 luglio 2006 era stata istituita un'ulteriore Commissione, presieduta dal prof. Riccio, la cui relazione è reperibile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=4_57&contentId=SPS72293&previousPage=mg_1_12#11. A questi lavori è seguita, poi, una proposta legislativa, il d.d.l. S/1880.

missione presieduta dal prof. Antonio Fiorella, a cui hanno partecipato anche il Presidente dell'U.C.P.I. del tempo, avv. Valerio Spigarelli, ed il coordinatore del Centro Studi "Aldo Marongiu", avv. Roberto Bruni.

Prendendo atto delle susposte esigenze e considerazioni, la Commissione Fiorella, nominata dal Ministro della Giustizia Paola Severino, nel 2013 suggeriva tre fondamentali correttivi all'impianto normativo della prescrizione.

La proposta di modifica *de qua* interessava l'intero sistema prescrizionale, promuovendo una riforma strutturale che la riforma Orlando del 2017 non ha accolto.

Un primo correttivo proponeva di introdurre due nuove cause di sospensione del termine di prescrizione del reato decorrenti dal deposito della sentenza di condanna di primo e di secondo grado.

Il secondo correttivo mirava a superare le deficienze del sistema in ipotesi di tardiva acquisizione della notizia di reato. A titolo esemplificativo, la Commissione evocava l'ipotesi in cui, relativamente a delitti destinati ad estinguersi per il decorso di sei anni dalla commissione del fatto, il primo atto interruttivo della prescrizione coincidente con l'esercizio dell'azione penale si verificava in prossimità della stessa scadenza del termine di prescrizione¹⁷. Ne conseguiva che all'organo giurisdizionale residuava circa un anno e mezzo dall'esercizio dell'azione penale – quale primo atto interruttivo – per concludere l'intero *iter* processuale, comprensivo dei diversi gradi di giudizio.

È evidente che in tali casi il meccanismo interruttivo, ed in particolare il tetto massimo previsto dal combinato disposto degli artt. 160 u.c. e 161 u.c. c.p. non consente alla giurisdizione un congruo arco temporale per accertare la fondatezza della tesi accusatoria.

La modifica proposta tendeva, pertanto, ad innalzare il tetto massimo dell'effetto interruttivo «della metà nel caso in cui il termine base sia pari a tre o cinque anni; del terzo, nel caso in cui il termine base sia pari a sette anni; del quarto, nel caso in cui il termine base sia pari a dieci anni; e del quinto, là dove il termine base sia pari a quindici anni.¹⁸»

Il terzo correttivo principale riguardava, infine, il tempo di esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero, rispetto al quale si intendeva fissare un limite massimo correlato all'iscrizione della *notitia criminis* ex art. 405 c. 1 c.p.p.. Per scongiurare inerzie dei Pubblici Ministeri all'esito delle indagini preliminari - da cui deriva il problema a fondamento del se-

¹⁷ Commissione Fiorella - per lo studio di possibile riforma della prescrizione (23 aprile 2013) - Relazione, http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_8_1&contentId=SPS914317.

¹⁸ Commissione Fiorella - per lo studio di possibile riforma della prescrizione (23 aprile 2013) - Relazione, http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_8_1&contentId=SPS914317.

condo correttivo suesposto - la Commissione Fiorella proponeva la prescrizione del reato, una volta inutilmente decorso un arco temporale pari al doppio dei termini di durata massima delle indagini preliminari, anche prorogati. Tale meccanismo appariva funzionale ad evitare il tardivo esercizio dell'azione penale da parte dell'Ufficio di Procura.

Sulla rilevanza di tale ultimo correttivo si noti che i dati statistici raccolti dal Ministero della Giustizia nel 2014 e pubblicati il 7 maggio 2016 attestano che il 56% dei casi di estinzione del reato per intervenuta prescrizione vengono dichiarati dal GIP, mentre solo il 19% dal Giudice del dibattimento.

Dai correttivi proposti può desumersi la posizione mediana assunta dalla Commissione Fiorella rispetto alla dicotomia esistente tra una disciplina fondata sulla cosiddetta prescrizione sostanziale ed una basata invece sulla sola prescrizione processuale.

Da un lato la prescrizione sostanziale ancora l'estinzione della pretesa punitiva statutale alla persona dell'imputato, tenendo in considerazione il mutare dell'individuo nel corso del tempo. Ciò premesso, lo schema prescrizionale di tipo sostanziale mira essenzialmente a scongiurare che la pena venga inflitta nei confronti di persona intrinsecamente diversa rispetto a quella che ha commesso il fatto-reato. Ne consegue che il termine si struttura come «unico compasso temporale»¹⁹ legato esclusivamente alla commissione del fatto-reato e fondato sul concetto di «appartenenza personale»²⁰ del fatto-reato al suo autore²¹.

Di contro, la cosiddetta prescrizione processuale impone di correlare il termine prescrizionale al procedimento, a tutela della ragionevole durata del processo, stabilendo in via astratta una durata massima per ciascuna fase processuale e sanzionando, così, l'indebito superamento di tale limite. In altri termini il decorso temporale assume un rilievo differenziato prima e dopo la manifestazione dell'interesse punitivo statutale. Quest'ultima è denominata anche prescrizione dell'azione penale (o del procedimento)²².

La posizione intermedia tra i due schemi operativi, accolta della tradizione penalistica italiana e confermata dalla Commissione Fiorella, muove dalle criti-

cità sottese tanto all'accoglimento della prescrizione sostanziale pura, quanto ad una generalizzazione dei tempi di durata di ciascuna fase processuale che, trascurando le specificità di ciascun processo²³, determinerebbe una rigidità controproducente ai fini dell'accertamento giurisdizionale.

2. Appunti di diritto comparato

Istanze riformiste sono state evidenziate anche in via comparatistica alla luce della disciplina vigente in altri ordinamenti europei²⁴.

Differente non è soltanto il meccanismo applicativo dell'istituto, ma anche la natura. Mentre nell'ordinamento spagnolo l'istituto assume connotati sostanziali, quale causa di estinzione del reato, nel diritto francese finanche la collocazione sistematica nel codice di rito²⁵ palesa, invece, la natura processuale della prescrizione, definita infatti come *prescription de l'action publique*²⁶, a cui si affianca solo la prescrizione della pena²⁷.

I modelli tedesco e spagnolo, imperniati su una concezione sostanziale della prescrizione, prevedono tuttavia un rimedio compensatorio, consistente nella riduzione della pena irroganda, in caso di irragionevole durata del procedimento penale²⁸.

3. La riforma Orlando in tema di prescrizione

Sotto un profilo sostanziale la L. n. 103 del 23 giugno 2017 (GU n. 154 del 4 luglio 2017), detta riforma Orlando in forza del Ministro della Giustizia proponente il disegno di legge, si occupa del regime della causa estintiva in esame ai commi 10-15 dell'art. 1. La novella è entrata in vigore il 3 agosto 2017 e, ai sensi dell'art. 1 c. 15, le disposizioni di interesse trovano applicazione in merito ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della riforma.

²³ Come ribadito dalla Commissione Fiorella nella propria Relazione, in conformità con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la ragionevole durata del processo non ha connotati rigidi, ma si conforma sulle specificità del processo, tra cui il numero di indagati/imputati e la complessità dell'accertamento. Sul punto cfr. *ex multis* E.Ct.H.R., *Comingersoll S.A. v. Portugal* [GC], 6 April 2000, Appl. n. 35382/97; *Frydlender v. France* [GC], 27 June 2000, Appl. n. 30979/96, § 43.

²⁴ Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Servizio Biblioteca - Ufficio Legislazione straniera, A.C. 1235 - *La prescrizione del reato nei principali paesi stranieri*, NIS n. 16008, 13 maggio 2009, reperibile in <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/NIS16008.htm>.

²⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006071154&dateTexte=20051213>.

²⁶ A. BALSAMO, *La prescrizione del reato: principi europei ed anomalie italiane*, 31 gennaio 2017, reperibile <http://www.associazionemagistrati.it/doc/2503/la-prescrizione-del-reato-principi-europei-e-anomalie-italiane.htm>.

²⁷ M. GAMBARDILLA, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, cit.

²⁸ M. GAMBARDILLA, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, cit.

¹⁹ F. TOMASELLO, *Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto*, *Diritto Penale Contemporaneo*, cit., che sul punto richiama per ulteriori specificazioni SILVANI S., *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 392.

²⁰ M. GAMBARDILLA, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, 17 giugno 2016, Convegno Unitelma Sapienza, reperibile in https://www.unitelmasapienza.it/sites/default/files/mediaroot/documenti/iniziative_scientifiche/intervento_del_professore_marco_gambardella_sulla_prescrizione.pdf.

²¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Giappichelli, 2016, p. 626.

²² F. TOMASELLO, *Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto*, *Diritto Penale Contemporaneo*, cit.

Mette conto sin da subito osservare che la riforma del 2017 non si pone in linea con le tecniche legislative recentemente adottate dal Legislatore penale per fronteggiare la problematicità in materia di prescrizione.

Stando ad una ricostruzione dottrinale²⁹ le riforme adottate dal Legislatore in tema di prescrizione negli ultimi decenni sono riconducibili a tre diversi schemi: (i) l'introduzione di nuovi reati, (ii) l'innalzamento del massimo edittale ed infine (iii) il raddoppiamento dei termini di prescrizione³⁰.

Tra queste modalità di intervento, la tecnica legislativa adottata con maggiore frequenza incide solo in via mediata sulla prescrizione, modificando piuttosto il parametro a cui si ancora l'istituto, *id est* il massimo edittale.

Di contro la novella del 2017 accoglie – sebbene solo in parte – le strutturali istanze riformiste evidenziate dalla Commissione Fiorella.

I suesposti lavori della Commissione in tema di prescrizione sono, infatti, esitati nel disegno di legge di iniziativa governativa, presentato dal Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Interno e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, alla Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014³¹ (C. 2798) ed approvato il successivo 23 settembre 2015. Il disegno è stato poi trasmesso al Senato (S. 2067) ed approvato in testo unificato il 15 marzo 2017. L'approvazione definitiva del disegno (C. 4368) è del successivo 14 giugno 2017, mediante emanazione della Legge n. 103 del 2017 qui in esame.

Come più volte evidenziato, la novella del 2017 non vanta un raggio riformista pari a quello auspicato dalla Commissione Fiorella.

È d'uopo fin da subito precisare che la riforma Orlando non altera l'impianto strutturale introdotto nel 2005 sulle modalità di computo della prescrizione che rimangono ancorate alla gravità del reato, testimoniata dal massimo edittale stabilito dal Legislatore.

Può sin da subito osservarsi che il nucleo della novella è incentrato sul fenomeno sospensivo, introducendo finestre di sospensione a durata predetermi-

nata e rigida ancorate allo svolgimento del processo.

3.1. Innalzamento del tetto massimo dell'effetto interruttivo nei delitti di corruzione et similia

Ai sensi dell'art. 3 della Legge in esame è stato novellato l'art. 161 c. 2 c.p. incrementando il tetto massimo stabilito per il verificarsi di fatti interruttivi, ordinariamente fissato in un quarto. Ai sensi della nuova disposizione, nelle ipotesi tassativamente indicate di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, 640-bis c.p. il tetto massimo è pari alla metà del tempo prescrizione di cui all'art. 157 c.p.

La disposizione al vaglio, che mira a rendere più afflittiva la politica sanzionatoria nei confronti dei reati di corruzione, equipara *quoad effectum praescriptionis* gli autori dei summenzionati reati al recidivo aggravato di cui all'art. 99 c. 2 c.p., nei confronti del quale il meccanismo interruttivo opera in termini analoghi.

Non sono mancate osservazioni critiche³² a questa tipologia di intervento normativo, giustificato dalla complessità accertativa dell'accordo corruttivo tale da necessitare un prolungamento del tempo di prescrizione del reato. Che tale sia la *ratio* è dimostrato, in realtà, dallo stesso perimetro operativo della novella, circoscritto ai soli reati in cui il *pactum sceleris* rappresenta l'incontro di due distinti propositi criminosi (del corrotto e del corruttore)³³. Rimangono, difatti, estranei all'ambito operativo della novella altri gravi delitti contro la Pubblica Amministrazione, come la concussione di cui all'art. 317 c.p.. Le critiche mosse si fondano sulla natura a duplice schema dei reati *de quibus*, in conseguenza della quale il tempo di commissione del reato – e così il *dies a quo* della prescrizione – viene posticipato alla *datio rei*, ove essa avvenga. Si nota che in tali ipotesi la *datio rei* determinerebbe *ex se* uno slittamento in avanti del termine iniziale di prescrizione, non più coincidente con la promessa corruttiva.

3.2 Il nuovo dies a quo a tutela dei minori

L'ambito operativo del c. 3 dell'art. 158 c.p., che prevede un diverso *dies a quo*, è stabilito *per relationem* mediante rinvio fisso all'art. 392, c. 1-bis, c.p.p.. Pertanto, l'ampiezza applicativa del nuovo art. 158, c. 3, c.p. è destinata a risentire in futuro delle modifiche apportate alla summenzionata disposizione di rito, in materia di incidente probatorio³⁴.

La scelta novellistica del 2017 riflette evidentemente una comunanza di *ratio* tra le due norme, tale per cui il perimetro della disposizione sostanziale è desti-

²⁹ B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, Diritto Penale Contemporaneo, 15 febbraio 2016, reperibile in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4476-prescrizione-del-reato-e-ragionevole-durata-del-processo-principi-da-difendere-o-ostacoli-da-abbatt>.

³⁰ Cfr. da ultimo in tema di reati ambientali *ex art.* 1 L. 22 maggio 2015 n. 68. Da notare che la Corte Costituzionale si è pronunciata recentemente in relazione a tale meccanismo nel delitto di incendio colposo, dichiarando l'illegittimità dell'art. 157, c. 6, c.p. «nella parte in cui prevede che i termini di cui ai precedenti commi del medesimo articolo sono raddoppiati per il reato di incendio colposo (art. 449, in riferimento all'art. 423 del codice penale)», così in Corte Cost. 19 maggio 2014 (dep. 28 maggio 2014) n. 143, Pres. Silvestri, Rel. Frigo.

³¹ L'art. 5 del ddl (C. 2798), inerente la prescrizione del reato, è stato successivamente espunto dal testo approvato alla Camera nel settembre 2015 e non è pertanto presente nel disegno S. 2067 al Senato.

³² D. BIANCHI, *La riforma Orlando: il "nodo" della prescrizione*, Parola alla Difesa, 16 giugno 2017, reperibile in <http://www.parolaaladifesa.it/riforma-orlando-nodo-della-prescrizione/>.

³³ Evidenziata anche linguisticamente dall'utilizzo del lemma "limitatamente".

³⁴ Trattasi di previsione introdotta con l'art. 13 della L. 15 febbraio 1996, n. 66 e da ultimo modificata dall'art. 1, c. 1, lett. h), del D.Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, entrato in vigore dal 20 gennaio 2016.

nata a mutare in funzione di quella processuale³⁵. La *ratio* si iscrive nel percorso di progressiva soggettivizzazione del diritto penale realizzata negli ultimi decenni, su spinta sovranazionale, a tutela dei soggetti vulnerabili³⁶.

Attualmente i reati rispetto ai quali opera tale comma sono: i maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572 c.p.), la riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.), la prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), la pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.), anche se relativo al materiale pornografico “virtuale” ex art. 600 quater.1, detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* c.p.), le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.), l’acquisto e l’alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), la violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), anche aggravata (art. 609-*ter* c.p.), gli atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), la corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies* c.p.), la violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), l’adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* c.p.) e lo *stalking* (art. 612-*bis* c.p.).

La novella stabilisce che, ove tali delitti siano commessi nei confronti di un minore, il termine di prescrizione non decorra dal *tempus commissi delicti* o dagli altri parametri indicati al c. 1, bensì dal compimento della maggiore età della persona offesa.

Trattasi di ipotesi derogatoria posta a tutela della persona offesa e finalizzata a prolungare il tempo di prescrizione del reato spostandone in avanti il termine iniziale.

Come affermato da autorevole dottrina³⁷, il *novum* si allinea a scelte legislative adottate in altri ordinamenti europei quali quello tedesco³⁸, austriaco³⁹ e francese⁴⁰ e mira a garantire alla vittima minorenne di reati gravi «un tempo congruo per denunciare il fatto una volta superata la propria situazione di dipendenza morale e materiale dall’autore degli abusi»⁴¹.

Come affermato dai primi commentatori⁴², la disposizione, che rappresenta la diretta applicazione dell’art. 58⁴³ della Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa⁴⁴, incide sulla cosiddetta prescrizione sostanziale, giacché investe esclusivamente il *dies a quo* del tempo dell’oblio, posticipandolo. La novella si iscrive all’interno di un quadro normativo già improntato ad una tutela rafforzata nei confronti delle persone offese da tali reati, differenziando la protezione apprestata in funzione dell’età della vittima.

Difatti, a seguito delle modifiche apportate all’art. 157, c. 6, c.p., fatta eccezione per il reato di atti persecutori, in tutte le ipotesi delittuose menzionate dal c. 3 è previsto un raddoppiamento dei termini prescrizione. Di converso le fattispecie p. e p. agli artt. 600, 601 e 602 c.p. sono imprescrittibili ai sensi dell’art. 161, c. 2, c.p.

Unica eccezione al nuovo meccanismo prescrizione è prevista in caso di esercizio dell’azione penale prima del raggiungimento dei diciotto anni di età della persona offesa. In tale ipotesi il *dies a quo* coincide, invece, con l’acquisizione della *notitia criminis*, da intendersi, secondo un primo commento alla novella⁴⁵, con quella operata dall’Autorità Giudiziaria o anche dalla Polizia Giudiziaria.

3.3. Le modifiche in tema di sospensione

Come accennato, maggiormente significative sono le modifiche apportate alla disciplina della sospensione che tradizionalmente «trova la sua *ratio* nella forzata inattività cui è costretto l’organo procedente»⁴⁶.

Muovendo dall’art. 159 c.p., la modifica apportata all’ipotesi dell’autorizzazione a procedere non vanta in realtà alcuna portata innovativa, atteso che il Legislatore del 2017 ha abrogato il c. 2 dell’art. *de quo* ed introdotto la medesima previsione al c. 1, lett. 1, art. 159 c.p.

Pertanto, come in precedenza, in ipotesi di richiesta di autorizzazione a procedere il termine di prescrizione rimane sospeso «dalla data del provvedimento

³⁵ La disposizione processual-penalistica mirava ad aumentare i casi di richiesta di incidente probatorio per l’assunzione della testimonianza di un minorenne ovvero della persona offesa maggiorenni, disancorando l’istituto ex art. 392 c.p.p. dai presupposti operativi ordinari, ovvero sia la presenza di una situazione di non rinviabilità o di inquinamento probatorio

³⁶ *Ex multis*, sono testimonianza di tale *trend* legislativo i seguenti interventi: le leggi di ratifica della Convenzione di Lanzarote e della Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa, rispettivamente L. n. 172 del 1 ottobre 2012 e n. 77 del 27 giugno 2013, nonché le modifiche di diritto interno conseguenti, tra cui il D.L. n. 93 del 14 agosto 2013.

³⁷ A. GIARDA E G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2017, p. 3474.

³⁸ Cfr. par. 79b StGB.

³⁹ Cfr. par. 58 3° co. n. 3 c.p.

⁴⁰ Cfr. art. 7 co. 3 c.p.p.

⁴¹ Commissione Fiorella - per lo studio di possibile riforma della prescrizione (23 aprile 2013) - Relazione, http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_8_1&contentI-

d=SPS914317.

⁴² D. BIANCHI, *La riforma Orlando: il “nodo” della prescrizione*, cit.

⁴³ A tenore del quale «Le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo necessarie per garantire che il termine di prescrizione per intentare un’azione penale relativa ai reati di cui agli articoli 36, 37, 38 e 39 della presente Convenzione sia prolungato per un tempo sufficiente e proporzionale alla gravità del reato, per consentire alla vittima minore di vedere perseguito il reato dopo avere raggiunto la maggiore età».

⁴⁴ Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata ad Istanbul l’11 maggio 2011 e ratificata in Italia con l. n. 77/2013.

⁴⁵ D. BIANCHI, *La riforma Orlando: il “nodo” della prescrizione*, cit.

⁴⁶ Senato della Repubblica, Servizio Studi, *Nota breve n. 103, A.S. n. 1844 Disegno di legge A.S. n. 1844 “Modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato”*, 27 gennaio 2016.

con cui il Pubblico Ministero presenta la richiesta sino al giorno in cui l'autorità competente la accoglie».

In passato si era discusso in merito all'operatività del meccanismo sospensivo anche in caso di diniego della richiesta di autorizzazione. Sul punto la dottrina maggioritaria⁴⁷ sostiene che il rigetto della richiesta del Pubblico Ministero non possa determinare l'effetto di sospendere *sine die* il termine di prescrizione. In altri termini, si afferma che, nonostante la *littera legis*, la sospensione cessa nel giorno in cui l'Autorità competente provvede sulla richiesta, indipendentemente dal *quomodo*.

La riforma del 2017 ha, poi, modificato l'art. 159, c. 1, n. 2, c.p. precisando che la causa di sospensione per deferimento della questione ad un diverso giudizio termina nel giorno in cui tale questione viene decisa. La norma positivizza il *dies ad quem* lasciando fermo il *dies a quo*, che coincide con l'ordinanza definitiva di sospensione del processo/procedimento.

Conformandosi a quanto proposto dalla Commissione Fiorella, la riforma del 2017 introduce un'ulteriore causa di sospensione della prescrizione in caso di rogatoria attiva all'estero all'art. 159, c. 1, n. 3-ter, c.p.

Precisamente, la Commissione Fiorella proponeva di modificare l'art. 160 c.p. sospendendo il *tempus praescriptionis* «dal provvedimento che dispone una rogatoria internazionale sino al giorno in cui l'autorità richiedente riceve la documentazione richiesta, o comunque decorsi sei mesi dal provvedimento che dispone la rogatoria».

La dottrina maggioritaria⁴⁸ si è da sempre mostrata favorevole a questo intervento, atteso che la richiesta di acquisizione probatoria da parte dello Stato italiano nei confronti di Stato estero rappresenta una «stasi del processo impost(a) da esigenze non assolvibili al suo interno»⁴⁹.

Maggiore attenzione meritano le disposizioni della riforma che hanno sollevato perplessità e riflessioni critiche in termini di opportunità politica dell'intervento. Richiamando uno degli aspetti fondamentali della proposta riformista elaborata dalla Commissione Fiorella, la Legge n. 103 del 2017 introduce all'art. 159 c.p. due ulteriori cause di sospensione della prescrizione a durata predeterminata che operano in presenza di una sentenza di condanna, di primo e secondo grado, anche emessa in sede di rinvio. Il *novum* si fonda sul convincimento che ogni provvedimento decisivo di accoglimento della tesi accusatoria necessiti

di un accertamento giurisdizionale pieno che non può essere vanificato dall'effetto della successiva prescrizione del reato.

Parte della dottrina penalistica⁵⁰ ha, tuttavia, rimarcato che ancorare la causa di sospensione ad una sentenza di condanna finisce sostanzialmente per attribuire efficacia sospensiva alle impugnazioni dell'imputato, così inquadrando *sub specie* di eventi distonici nell'*iter* processuale che ne giustificano un prolungamento attraverso una stasi del corso della prescrizione.

In punto di perimetro operativo delle nuove disposizioni, se è *prima facie* evidente dalla *littera legis* che la nuova causa sospensiva non si applichi al decreto penale di condanna, dovrebbe sostenersi anche l'inapplicabilità delle nuove sospensioni alla sentenza di patteggiamento. Difatti, la disposizione al vaglio si riferisce testualmente alla sola «sentenza di condanna» ex art. 533 c.p.p., con conseguente inoperatività della nuova causa di sospensione in esito all'applicazione della pena su richiesta delle parti, che com'è noto restituisce un diverso giudizio accertativo⁵¹, imperniato sulla insussistenza delle cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p.

Piuttosto che sospendere *sine die* il termine prescrizione in attesa dell'esito decisivo del successivo grado di giudizio, sulla scia di quanto proposto dalla Commissione Fiorella, il Legislatore del 2017 ha stabilito un tempo ragionevole pari a 18 mesi per l'espletamento dell'accertamento giurisdizionale impugnatorio. La sospensione *de qua* è stata parametrata alla durata media dei giudizi impugnatori, così da preservare la tipica funzione acceleratoria del processo sopra illustrata. Il tetto massimo dell'effetto sospensivo è stato fissato in pari misura sia dopo la sentenza di primo grado, sia dopo quella di *secondo grado*, anche in sede di rinvio⁵². Così, trascorsi 18 mesi dalla scadenza del termine per il deposito della sentenza di condanna ex art. 544 c.p.p. senza che sia stato pronunciato il dispositivo del grado successivo, la prescrizione riprende il suo corso.

Mette conto precisare che «in entrambi i casi, ai termini di due anni e un anno vanno eventualmente aggiunti i termini di 15 e 90 giorni previsti dall'articolo 544 del codice di procedura penale per l'ipotesi in cui non sia possibile procedere immediatamente

⁵⁰ D. BIANCHI, *La riforma Orlando: il "nodo" della prescrizione*, cit.

⁵¹ Per approfondimento cfr. F. CALLARI, *Patteggiamento e canone decisivo dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". I termini di un binomio "impossibile"*, 31 ottobre 2012, reperibile in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1351002210patteggiamento.pdf>.

⁵² Si noti che, alla luce dei dati ministeriali raccolti, la Commissione presieduta dal prof. Fiorella suggeriva una finestra sospensiva maggiore per il grado d'appello, pari a 2 anni nel timore che il termine di 18 mesi fosse eccessivamente ridotto. Così in F. CALLARI, *Patteggiamento e canone decisivo dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". I termini di un binomio "impossibile"*, cit.

⁴⁷ A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, UTET, Torino, 1966, XIII ed., pp. 697 ss. Da ultimo A. Trabucchi, sub Art. 159, in *DOLCINI E. - G. L. GATTA* (a cura di), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, 2015, p. 2189.

⁴⁸ A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in *DE FRANCESCO G.* (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, 2011, p. 275.

⁴⁹ A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, cit.

alla redazione della sentenza (comma 2, 15 giorni), ovvero la stesura della motivazione della sentenza sia particolarmente complessa per l'alto numero delle parti o la gravità delle imputazioni (comma 3, 90 giorni)»⁵³.

Escluso un effetto sospensivo eccessivamente dilatato, la novella evita, quindi, il vanificarsi dell'attività istruttoria e decisoria espletata nei precedenti gradi di giudizio.

Con riferimento al tetto sospensivo massimo di 18 mesi si noti, tuttavia, che il c. 4 dell'art. 159 c.p. prevede espressamente la possibilità di un cumulo tra le diverse cause di sospensione, in forza del quale i termini massimi stabiliti dal c. 2 possono essere allungati «per il periodo corrispondente» per la presenza di un'ulteriore causa sospensiva.

Con riferimento a tale comma, ci si interroga su quali siano i rapporti tra la nuova causa sospensiva, temporalmente limitata in diciotto mesi, e la sospensione del corso della prescrizione in ipotesi di adesione del difensore alla astensione indetta dalla categoria forense.

Alla stregua della posizione dominante assunta dalla Cassazione, *ex multis* Cass., Sez. III, n. 28573 del 6 luglio 2015, l'adesione non può qualificarsi sub specie di "impedimento" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 159, c. 1, c.p. con conseguente inoperatività del termine massimo di sessanta giorni in ordine all'effetto sospensivo.

Si ponga il caso che il termine finale di sospensione per effetto dell'astensione superi il limite di diciotto mesi di cui all'art. 159, c. 2, c.p. Atteso che secondo l'opinione maggioritaria in giurisprudenza l'astensione determina la sospensione del corso della prescrizione sino alla data della nuova udienza, ci si interroga se il termine massimo di diciotto mesi fissato all'art. 159, c. 2, c.p. operi o meno.

A parere della scrivente al quesito occorre fornire risposta positiva per inapplicabilità dell'art. 159, c. 4, c.p. che consente un prolungamento del limite temporale al vaglio.

In primis si osservi che il Legislatore ha previsto *expressis verbis* un possibile prolungamento del termine di diciotto mesi solo nelle ipotesi di una delle cause sospensive di cui al c. 1. Tra Queste ultime, come sopra precisato, si ritiene non rientri il caso dell'astensione del difensore. Pertanto, alla luce del divieto di analogia *in malam partem* ex art. 25 Cost., dovrebbe escludersi che l'art. 159, c. 4, c.p. possa essere interpretato nel senso sfavorevole al reo, di prolungare la finestra sospensiva sino alla data della nuova udienza, successiva al termine massimo di diciotto mesi.

La finalità perseguita dal Legislatore e palesata nella

Relazione introduttiva al disegno di legge⁵⁴ è quella «di introdurre specifiche parentesi di sospensione per dare modo ai giudizi di impugnazione di disporre di un periodo congruo per il loro svolgimento, senza che vi sia il pericolo di estinzione del reato per decorso del tempo pur dopo il riconoscimento della fondatezza della pretesa punitiva dello Stato, consacrato dalla sentenza di condanna non definitiva.» Difatti, la *ratio* sottesa a queste nuove ipotesi di sospensione non si radica nella forzata stasi della macchina giudiziaria, ma mira a bilanciare la ragionevole durata del processo con l'interesse punitivo statale, manifestato nell'accertamento di colpevolezza, seppur non definitivo⁵⁵.

Proprio in ragione dell'identificazione della fondatezza della pretesa punitiva nella sentenza di condanna, seppur non definitiva, la novella prevede che l'effetto sospensivo venga poi meno in caso di riforma o annullamento della condanna.

I primi commentatori hanno definito tale ipotesi come «causa sopravvenuta di perdita dell'efficacia sospensiva»⁵⁶ che opera *ex tunc*.

Come precisato nella Relazione introduttiva al disegno di legge, l'inoperatività della sospensione opera solo *pro futuro*, una volta emesso il provvedimento di riforma o annullamento, «nel senso che il giudice non potrà prendere in considerazione, come soluzione alternativa alla riforma o all'annullamento, la dichiarazione della prescrizione in forza del computo del periodo sospeso, per l'ovvia e semplice ragione che, prima della pronuncia della sentenza di riforma o di annullamento, quel computo è precluso.»⁵⁷

Rimane, tuttavia, dubbio se la sentenza favorevole emessa dalla Corte di Cassazione in presenza della quale si ricollega la sopravvenuta perdita di efficacia sospensiva dei periodi impugnatori travolga tanto il periodo di *secondo cure*, quanto quello di primo grado⁵⁸. Trattandosi di disposizione *in melius*, tenuto conto della *ratio* dell'istituto, nonché del richiamo ad entrambi i «periodi di sospensione di cui al secondo comma» appare logico propendere per la soluzione onnicomprensiva.

Una modifica quale quella in esame, tesa ad ancorare il tempo dell'oblio ai tempi del processo e alla manifestazione dell'intervento punitivo statale, cristal-

⁵⁴ Reperibile in

http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0027570#RL.

⁵⁵ S. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, 20 giugno 2017, reperibile in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/5501-riforma-orlando-la-nuova-prescrizione-e-le-altre-modifiche-al-codice-penale>.

⁵⁶ F. CALLARI, *Patteggiamento e canone decisorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". I termini di un binomio "impossibile"*, cit.

⁵⁷ Reperibile in http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0027570#RL.

⁵⁸ F. CALLARI, *Patteggiamento e canone decisorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". I termini di un binomio "impossibile"*, cit.

⁵³ Senato della Repubblica, Servizio Studi, *Nota breve n. 103, A.S. n. 1844 Disegno di legge A.S. n. 1844 "Modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato"*, 27 gennaio 2016.

lizzata nella sentenza di condanna, è stata inquadrata dai primi commentatori come un chiaro intervento di “processualizzazione” dell’istituto della prescrizione del reato⁵⁹.

3.4. Modifica soggettiva alla sospensione

La novella n. 103 del 2017 incide sulla sospensione della prescrizione anche sotto un profilo soggettivo, disciplinando all’art. 161 c.p. il fenomeno sospensivo e quello interruttivo in ipotesi di *simultaneus processus*⁶⁰ in modo differenziato. Mentre quest’ultimo fenomeno esplica i propri effetti nei confronti di tutti i coimputati, la sospensione della prescrizione viene invece circoscritta ai soli «imputati nei cui confronti si sta procedendo»⁶¹.

3.5 L’interruzione della prescrizione

La riforma del 2017 ha, poi, modificato l’art. 160 c.p. introducendo al c. 2 una nuova causa di interruzione della prescrizione del reato in caso di interrogatorio reso davanti alla Polizia Giudiziaria su delega del Pubblico Ministero.

L’intervento rappresenta la positivizzazione di un’istanza operativa sollecitata dagli operatori del diritto in ragione di una medesima *ratio*, comune tanto all’interrogatorio condotto direttamente dal Pubblico Ministero⁶² quanto a quello delegato. Tuttavia, la Corte di Cassazione aveva destituito di fondamento tale prassi giudiziaria nel 2001⁶³ qualificando la causa interruttiva *de qua* come atipica giacché priva di una espressa base giuridica.

Alla luce di tale orientamento, ossequioso del principio di legalità penale e del divieto di analogia *in malam partem* delle cause interruttive e sospensive della prescrizione, la novella del 2017 ha fornito una base giuridica positiva a tale ipotesi di interruzione, superando le problematiche sottese alla natura sostanziale dell’istituto prescrizione.

3.6. Il regime intertemporale

L’applicazione del principio della irretroattività sfavorevole a fatti commessi anteriormente all’entrata in vigore della Legge n. 103 del 2017⁶⁴, stabilito al c. 15 dell’art. 1, conferma la natura sostanziale della prescrizione del reato accolta a livello giudiziario e legislativo dall’ordinamento italiano.

⁵⁹ D. BIANCHI, *La riforma Orlando: il “nodo” della prescrizione*, cit.

⁶⁰ Dalla *littera legis* (“agli imputati nei cui confronti si sta procedendo”) emerge che il presupposto operativo dell’art. 161 c.p. non coincide con il semplice concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p., ma riguarda i coimputati nel medesimo procedimento.

⁶¹ Art. 161 c.p..

⁶² Come recentemente affermato in Cass., 18 marzo 2013, n. 18919.

⁶³ Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 33543.

⁶⁴ Si ricorda che la legge in esame è entrata in vigore il 3 agosto 2017.

La disposizione di diritto intertemporale in esame impedisce l’applicabilità del *novum* legislativo tanto *in malam partem*, quanto *in bonam*, derogando – quale fonte di rango primario successiva – anche all’art. 2, c. 4, c.p. Ai fini di una migliore comprensione della seguente osservazione si noti che l’unica previsione favorevole al reo introdotta dalla riforma Orlando consiste nella limitazione soggettiva delle cause sospensive ed interruttive della prescrizione ai sensi del novellato art. 161 c.p.

Ciò premesso, in punto di diritto intertemporale i primi commentatori hanno osservato che la scelta legislativa derogatoria non mira a perseguire alcun interesse confliggente tra quelli indicati dalla Corte Costituzionale nelle declaratorie di incostituzionalità che hanno investito la Legge ex-Cirielli⁶⁵ e che, pertanto, la scelta derogatoria di una retroattività della *lex mitior* non è sorretta da adeguato supporto motivazionale.

4. Le norme di riferimento

LEGGE 23 giugno 2017, n. 103

Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario. (17G00116) (GU n.154 del 4-7-2017)

Vigente dal: 03/08/2017

Art. 1 comma 10.

All’articolo 158 del codice penale è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Per i reati previsti dall’articolo 392, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale, se commessi nei confronti di minore, il termine della prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa, salvo che l’azione penale sia stata esercitata precedentemente. In quest’ultimo caso il termine di prescrizione decorre dall’acquisizione della notizia di reato».

Articolo 1 comma 11.

All’articolo 159 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma: 1) i numeri 1) e 2) sono sostituiti dai seguenti: «1) autorizzazione a procedere, dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero presenta la richiesta sino al giorno in cui l’autorità competente la accoglie; 2) deferimento della questione ad altro giudizio, sino al giorno in cui viene decisa la questione»; 2) dopo il numero 3-*bis*) è aggiunto il seguente: «3-*ter*) rogatorie all’estero, dalla data del provvedimento che dispone una rogatoria sino al giorno in cui l’autorità richiedente riceve la documentazione richiesta, o comunque decorsi sei mesi dal provvedimento che dispone la rogatoria»; b) dopo

⁶⁵ Cfr. Corte Cost. n. 393/2006, secondo cui «lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo, deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole», nonché sent. nn. 72/2008 e 236/2011.

il primo comma sono inseriti i seguenti: «Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso nei seguenti casi: 1) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi; 2) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi. I periodi di sospensione di cui al secondo comma sono computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere dopo che la sentenza del grado successivo ha prosciolti l'imputato ovvero ha annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'articolo 604, commi 1, 4 e 5-*bis*, del codice di procedura penale. Se durante i termini di sospensione di cui al secondo comma si verifica un'ulteriore causa di sospensione di cui al primo comma, i termini sono prolungati per il periodo corrispondente»; c) il secondo comma è abrogato.

Articolo 1 comma 12.

All'articolo 160, secondo comma, del codice penale, dopo le parole: «davanti al pubblico ministero» sono inserite le seguenti: «o alla polizia giudiziaria, su delega del pubblico ministero.».

Articolo 1 comma 13.

Il primo comma dell'articolo 161 del codice penale è sostituito dal seguente: «L'interruzione della prescrizione ha effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato. La sospensione della prescrizione ha effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo».

Articolo 1 comma 14.

Al secondo comma dell'articolo 161 del codice penale, dopo le parole: «della metà» sono inserite le seguenti: «per i reati di cui agli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322-*bis*, limitatamente ai delitti richiamati dal presente comma, e 640-*bis*, nonché».

Articolo 1 comma 15.

Le disposizioni di cui ai commi da 10 a 14 si applicano ai fatti commessi dopo la data di entrata in vigore della presente legge.

Recensioni

ANNA BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, Actor Veritatis*, Studi di Retorica e deontologia forense; Bonomia University Press, 2016 916
a cura di Pierluigi Romanello



A cura di

Pierluigi Romanello

Libera Università Internazionale degli Studi Sociali "Guido Carli", Roma

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

ANNA BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, Actor Veritatis*, Studi di Retorica e deontologia forense; Bononia University Press, 2016

La retorica è tra le discipline fondamentali del professionista legale. Il suo corretto uso, sia in forma orale, che declinato in forma scritta, ha contribuito in modo capitale alla formazione stessa dello stereotipo del giurista. Alla maniera di ogni altra forma d'arte la retorica, ha i suoi stilemi, le sue regole, le sue proprie origini e come ben descritto nell'introduzione del volume, il suo scopo principale è la persuasione. Un "buon parlare" non necessariamente risulta efficace, ma un'esposizione confusa, contraddittoria, incerta, delinea invece spesso un esito sfavorevole in un processo. L'avvocato per essere incisivo deve, quindi, temperare nella forma, le due forze, alle volte contrastanti, che caratterizzano la sua professione: la verità e la tutela del cliente.

Questa necessità fu individuata e studiata innanzitutto nell'esperienza giuridica romana. Ove si identificava un buon avvocato dalla capacità di equilibrare, appunto, *veritas* e *mendacium*. Il problema analizzato dalla tradizione romanistica risulta inderogabile anche oggi. Etica, verità, deontologia e difesa degli interessi del cliente devono, oggi come allora, trovare sintesi nella professione forense. Un buono strumento per accordare queste necessità è offerto dalla retorica. La capacità di enfasi, di teatralizzare alcuni punti di interesse, e disinnescare alcuni altri che potrebbero risultare sfavorevoli nella trattazione, implica non solo una personale attitudine, ma anche una conoscenza di quelle che sono le tecniche oratorie. Cicerone, tra i maestri indiscussi, nel suo celebre *De Oratore*, elevava la professione oratoria a *summa* dell'ingegno umano. Nell'oratore, secondo la lettura dell'Arpinate, dovevano coesistere infatti "l'acume del dialettico, la profondità dei filosofi, l'abilità verbale dei poeti, la memoria dei giureconsulti, la voce dei tragici, il gesto dei migliori attori."¹

Il lavoro di Bellodi si muove da questi presupposti. Lo studio, attento e approfondito, dell'*ars oratoria* nell'esperienza romana non legata a un dato periodo ma valida in assoluto; capace quindi di essere funzionale ai moderni poiché il concetto stesso di giustizia è immutato nel tempo. Anche ai nostri giorni, l'oratoria, la prossemica, l'idea del foro come teatro deve essere conosciuta e ben praticata dall'avvocato. D'al-

tronde è interessante cogliere nelle pagine del volume, che la spettacolarizzazione della giustizia, che parrebbe un elemento contemporaneo, non è affatto un fenomeno recente².

In effetti lo scopo dell'oratore, come quello del moderno avvocato, è convincere l'uditorio che la realtà proposta sia l'unica plausibile. Questo avviene attraverso una partecipazione all'evento professionale che supera quella che è richiesta a periti di altri campi. L'avvocato non è l'ingegnere, che presenta il suo progetto figlio di calcoli perfetti, ma è un professionista che per arrivare alla *veritas*³ raccoglie sentimenti, passioni, trucchi, competenze, che lo qualificano appunto come *actor veritatis*⁴. Il giurista interpreta gli eventi con le parole, adoperandole con minuzia, in maniera non dissimile da quella dell'attore. Non ci può, pertanto, essere attuazione del diritto senza un confronto dialettico, spesso sottilissimo. Il volume è quindi una ricerca da parte dell'autrice non solo della funzione dell'oratore, ma anche analisi sulla parola in genere.

Il primo capitolo dedicato all'*Ars Oratoria* (pp. 21-52) si apre con la locuzione «*Omnium regina rerum oratio*»: la parola di tutto è sovrana. Scandagliando le pieghe delle parole e tra le parole, il lavoro restituisce una visione completa del fenomeno giuridico romano. Una metonimia, che parte dal dettaglio per spiegare l'intera manifestazione. In effetti l'analisi del termine e del costruito dà luce in maniera immediata all'architettura che compone. L'oratoria, in questo volume, è analizzata come corpo vivente, composto da particelle. Cellule indispensabili che originano un organismo. L'*inventio*, la *dispositio* e la *memoria*, le classiche partizioni oratorie, secondo la lettura del primo capitolo del libro, vanno intese sia come un corpo inseparabile ben noto al retore, ma anche come elemento da interpretare, da vestire con una capacità persuasiva solida che si sublima nell'arringa.

² Cfr., *Lo spettacolo della giustizia: le orazioni di Cicerone*, cur. G. PETRONE, A. CASAMENTO, Palermo 2016.

³ Si veda AA.VV., *'Quid est veritas?' Un seminario su verità e forme giuridiche*, cur. C. CASCIONE, C. MASI DORIA [«Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto romano, Storia e Teoria del diritto 'F. De Martino' dell'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'»], Napoli 2013.

⁴ Cic., *de orat.* 3.56.214.

¹ Cic., *de orat.* 1.128.

In buona sostanza l'arte plasma l'oratore e l'oratore plasma la sua verità attraverso l'arte. Lo studio del fenomeno romano, ampio e ben approfondito, rimanda però costantemente a una funzione moderna. Tutto il volume si muove infatti su due piani comunicanti. L'antico che è premessa necessaria, e l'attuale che è continuazione. I cinque capitoli (*Ars Oratoria*, pp. 21-52; *L'Oratoria Giudiziaria*, pp. 69-106; *Gli Officia Oratoris*, pp. 117-148; *L'Avvocato, vir bonus*, pp. 157-214; *L'Avvocato Actor Veritatis* pp. 221-249) non sono quindi affatto legati al passato ma dialogano costantemente con il presente.

Di grande interesse, ad esempio, è nel quarto capitolo l'analisi del "decoro" professionale. Quintiliano rivive con estrema freschezza quando l'autrice ci rammenta alcuni brani delle sue Istituzioni oratorie, nello specifico nell'undicesimo libro dell'autore si sofferma sulla *pronuntiatio*: in essa si esalta il decoro della professione. L'oratore, secondo Quintiliano, pur simile all'attore, se ne differenzia poiché si rivolge a un pubblico diverso. Il decoro è quindi la capacità di modulare l'intonazione, la scelta delle parole e la prossemica in un contesto formale, distante da quello teatrale. Estensivamente, la ricerca del rigore deve essere applicata a tutti gli aspetti della vita dell'oratore, per conferirgli quell'autorevolezza che gli consentirà poi una maggiore credibilità. Dalla lettura degli autori latini affiora una sensibilità moderna, in cui l'immagine acquisisce oltre che una valenza morale anche una funzione professionale. Pare intravedersi dalla lettura di alcune pagine del libro un concetto di deontologia professionale – che sarà regolamentata in Occidente solo nel tardo Settecento – anche in età romana, secondo la quale il professionista per essere degno, deve perseguire la disciplina oltre l'ambito propriamente lavorativo.

Notevole è poi il secondo capitolo sull'Oratoria giudiziaria (pp. 69-106). Questa parte del volume sarebbe buona lettura per tutti i giuristi contemporanei. Si evince infatti che problematiche che consideriamo moderne e di cui spesso ci interroghiamo circa la possibile soluzione erano già state studiate e analizzate dai latini. Prezioso il secondo paragrafo del capitolo sulla cultura generale dell'avvocato, dalla cui lettura emerge che, secondo la tradizione giuridica romana, un buon professionista deve sì formarsi nel tirocinio in tribunale, ma per essere raffinato e saggio, e quindi efficace, è obbligato a una formazione culturale amplissima. Nello specifico, come riportato dall'autrice, Cicerone scrive che: "Oltre agli insegnamenti specifici dell'oratoria, occorre conoscere la storia, con il suo ricco repertorio di vicende e uomini esemplari, la legge, e, in generale, la capacità di leggere l'animo umano [dato dalla filosofia, ndr], per poter porgere il discorso nella maniera più adeguata"⁵. Sostanzialmente una conoscenza

del solo diritto non permette di muoversi in maniera agevole all'interno della giustizia. La soluzione delle controversie – promosse per definizione tautologica da esseri umani – è ontologicamente legata all'apprendimento dei comportamenti dell'animo umano.

Lo scontro nel diritto è sempre canonizzazione e civilizzazione di una contesa tra uomini, di una battaglia che sostituisce il verbo alla parola. In questo capitolo vengono, poi, utilmente esposte anche alcune strategie difensive romane, che per attualità possono essere d'ispirazione per i moderni avvocati; in fondo al passare dei millenni la natura dell'uomo non è mutata.

Ricca di spunti è la trattazione da parte dell'autrice del concetto di verità in diritto. La verità processuale, secondo usi moderni, è quella che si condensa nella sentenza. Il percorso per giungere ad essa è però tortuoso così come lo era nel diritto romano. Nel capitolo V del volume (*L'arte dell'avvocato, actor veritatis*) la Bellodi Ansaloni partendo dall'aporia tra *veritas* e *simulatio*, descrive le complesse sfide etiche che affrontavano gli oratori latini. Nelle *Partitiones oratoriae*⁶ Cicerone suggerisce come verità e simulazione si scontrino e quanto sia labile il *discrimen* tra vero e verosimile, rendendo complessa la distinzione tra *vir bonus* e scaltro simulatore. Questa valutazione spetterà, in ultima istanza, al giudice, che, comprendendo che la verità proposta dall'avvocato, è pur sempre figlia di un *officium*, dovrà ricostruirla, mondandola dalla caleidoscopiche seduzioni verbali per restituirla pura: "è compito del giudice, nel processo, ricercare sempre la verità; del difensore sostenere il verosimile, a volte anche se non è propriamente vero"⁷.

Il libro è ricchissimo di questi stimolanti spunti. In ogni capitolo è semplice riscontrare ponti, contatti tra i due mondi. Certo, l'impostazione si muove da un'analisi dell'esperienza giuridica romana ma riteniamo che la lettura del volume non sia di interesse per il solo studioso di quei fenomeni giuridici. Risulta anzi assolutamente funzionale, e godibile, anche al moderno professionista che voglia comprendere o affinare tecniche e metodologie proprie della comunicazione del diritto, per meglio compenetrare, oltre che le regole retoriche, anche le moderne imposizioni deontologiche. D'altronde la tradizione, l'analisi di un contesto storico, di ogni tipo, può e deve essere funzionale e applicabile al moderno. Ancora di più per il diritto romano, a cui si devono le origini del nostro e la cui eco ancora è percepibile nei palazzi di giustizia.

Completa il libro un dovizioso indice di fonti e autori.

⁶ Part. Orat. 90.

⁷ Cic., *de off.* 2.14.51: *iudicis est semper in causis verum sequi, patroni, non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere.*

⁵ Cic., *de orat.* 1.5.17 ss.

Indice delle sentenze

Diritto civile

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. V, 12.5.2017, n. 11872 s.m.
 Cass., sez. un., 29.5.2017, n. 13452 s.m.
 Cass. Sez. II, 20.6. 2017, n. 15240 s.m.
 Cass., sez. un., 20.6.2017, n. 15268 s.m.
 Cass., sez. I, 22.6.2017, n. 15481 s.m.
 Cass., sez. VI, 23.6. 2017, n. 15706 s.m.
 Cass., sez. un., 5.7.2017, n. 1660 s.m.
 Cass., sez. III, 6.07.2017, n. 16646
 (con nota di Sorrentino)
 Cass., sez. lavoro, 20.07.2017, n. 17917
 (con nota di Alfano)
 Cass., sez. un., 27.7.2017, n. 18725 s.m.
 Cass., sez. un., 2.8. 2017, n. 19161 s.m.
 Cass., sez. II, 4.8.2017, n. 19646 s.m.

TRIBUNALE

Trib. Napoli, 29.1.2016
 Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15.11.2016
 Trib. Savona, 20.2.2017
 Trib. Trani, 22.5.2017
 Trib. Macerata, 25.5.2017
 Trib. Salerno, 05.6.2017
 Trib. Brescia, 13.6.2017
 Trib. Napoli, 16.6.2017
 Trib. Avellino, 12.7.2017
 Trib. Cuneo, 14.7.2017
 Trib. Salerno, 18.7.2017
 Trib. Bari, 19.7.2017
 Trib. Roma, sez. XIII, sent. 26.6.2017, n. 13032
 (con nota di Scuotto)
 Trib. Avellino, 31.7. 2017

CORTE D'APPELLO

App. Milano, 26.4.2017

Diritto penale

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. 3, sent. 22.06.2017, n. 31250 s.m.
 Cass., sez. 3, sent. 24.05.2017, n. 31282 s.m.
 Cass., sez. 3, sent. 17.05.2017, n. 30825 s.m.
 Cass., sez. 3, sent. 17.05.2017, n. 30823 s.m.

Cass., sez. un., sent. 27.04.2017, n. 34090

(con nota di Pignatelli)

Cass., sez. 3, sent. 21.04.2017, n. 31265 s.m.
 Cass., sez. 3, sent. 19.04.2017, n. 31263 s.m.
 Cass., sez. un., sent. 23.03.2017, n. 31345 s.m.
 Cass., sez. 3, sent. 27.01.2017, n. 30804 s.m.
 Cass., sez. 3, sent. 5.05.2016, n. 18679
 (con nota di Macchiarelli)
 Cass., sez. 3, sent. 18.10.2016, n. 30798 s.m.

TRIBUNALE

Trib. Nola, G.M., 21.04.2017, n. 1005 s.m.
 Trib. Nola, coll. A, 6.06. 2017, n. 1444 s.m.
 Trib. Nola, G.M., 30.06. 2017, n. 1706 s.m.

Diritto amministrativo

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. Civ., sez. U., 04/07/2017, n. 16419 s.m.

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, sez. V, 04.07.2017, n. 3257 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 11.07.2017, n. 3415 s.m.
 Cons. Stato, Ad. Pl., 27.7.2016, n. 21
 (con nota di D'Aponte)
 Cons. Stato, sez. V, 27.07.2017, n. 3703 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 21.08.2017, n. 4048 s.m.
 Cons. Stato, A. P., 19.09.2017, n. 5 s.m.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO

REGIONALE

T.a.r. Milano, sez. IV, 11.07.2017, n. 1589 s.m.
 T.a.r. Firenze, 19.07.2017, n. 936 s.m.
 T.a.r. Valle d'Aosta, 23.07.2017, n. 36 s.m.
 T.a.r. Toscana, sez. I, 01.08.2017, n. 1011 s.m.
 T.a.r. Lazio, sez. II ter, 07.08.2017, n. 9249 s.m.
 T.a.r. Lazio, sez. III quater, 22.08.2017, n. 9379 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. civ., sez. VI-T, 17.7.2017, ord. n. 17683 s.m.
 Cass. trib., sez. V, 19.7.2017, n. 17815 s.m.
 Cass. trib., sez. V, 02.8.2017, n.19219 s.m.

Cass. Civ., sez. VI, 2.8.2017, ord. n. 19255 s.m.

Cass. civ. sez. VI, 25.8.2017, ord. n. 20431 s.m.

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., 13 .7.2017, n. 177 s.m.

Corte Cost., 13.7.2017, n. 181 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

CGUE, sent. 11.5.2017, C- 59/16 s.m.

CGUE, sent. 26.7. 2017, C-386/2016 s.m.

Diritto Internazionale

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

CEDU, ricorso n. 19867/12 sent. 11.7. 2017 s.m.

CEDU, ricorso n. 75916/13, sent. 27.7. 2017 s.m.

Diritto dell'Unione Europea

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte giust., sez. II, cause riunite C – 401/15 a C –
403/15, 15.12.2016 (con nota di Rosotta)

Corte giust., sez. V, causa C270/17 PPU, 10.8.2017
s.m.